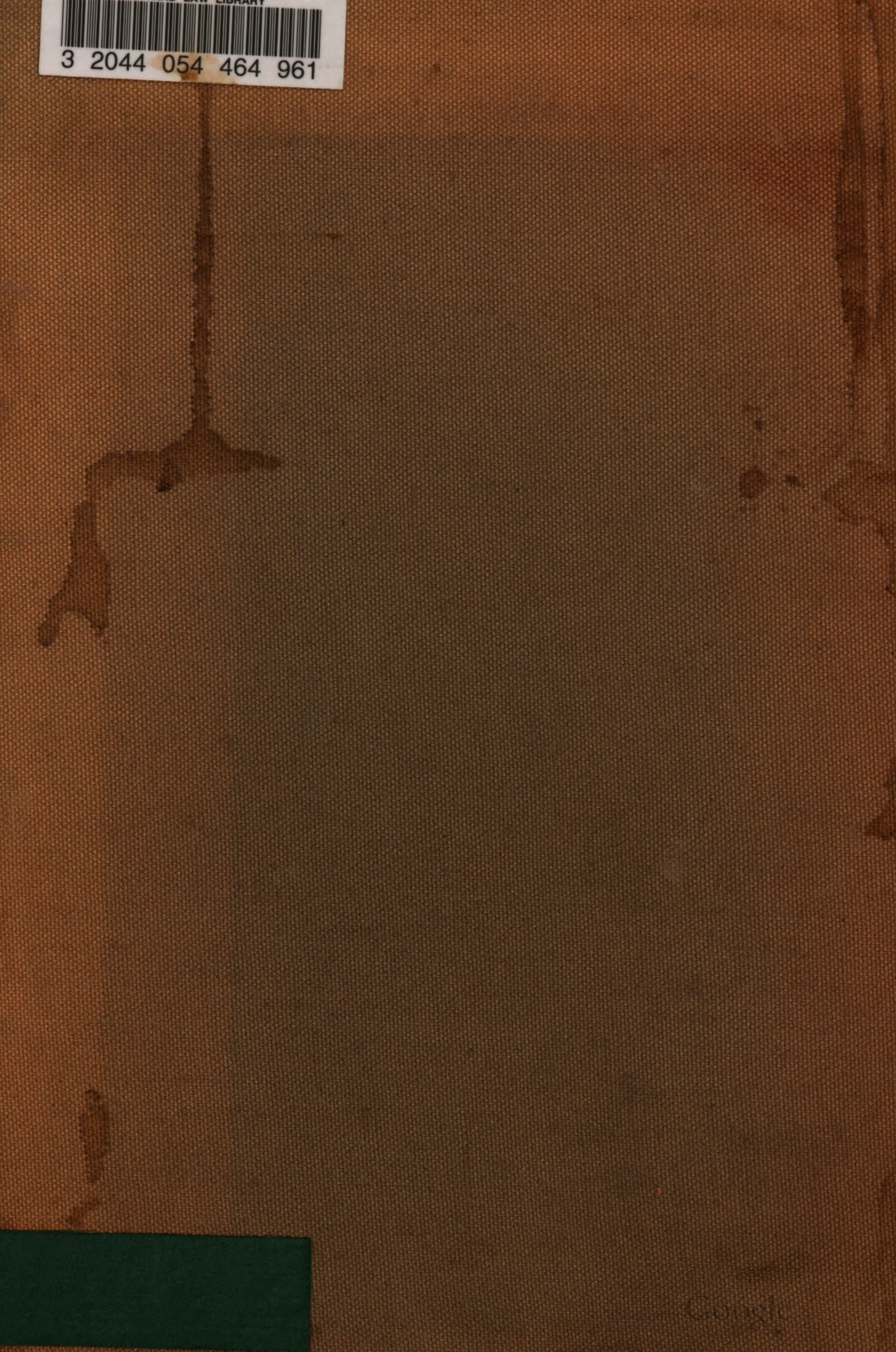
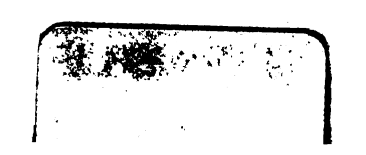



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



REFORMFRAGEN

DES

STRAFRECHTS

VON

DR. AUGUST KÖHLER
PRIVATDOZENT IN MÜNCHEN



MÜNCHEN 1903
C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
OSKAR BECK

May 16, 1912

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Mit dem Inkrafttreten des neuen bürgerlichen Rechts ist eine andere große Gesetzgebungsaufgabe in den Vordergrund getreten. Es gilt nunmehr, ein gleich sehr umfassendes wie schwer zu durchdringendes Rechtsgebiet, das Strafrecht, dem bürgerlichen Recht ebenbürtig zu gestalten. Die einleitenden Schritte dazu sind vom Reichsjustizamt getan. Zur Vermehrung des Interesses an dem Reformwerk und zur Klarlegung einiger seiner Probleme wünschen die folgenden Blätter dienlich zu sein. Sie geben einen Vortrag wieder, der mit einigen Kürzungen und unter Ausschaltung einzelner vorwiegend die Juristen beschäftigender Fragen im November 1902 in München vor einem aus verschiedenen Berufskreisen sich zusammensetzenden Publikum gehalten wurde.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Treibende Kräfte zu Gunsten der Strafrechtsreform: Häufigkeit der Delikte (S. 1), Lückenhaftigkeit des geltenden Rechts (S. 2), qualitative Mängel (S. 2, 3).

I. Unentbehrlichkeit eines Strafrechts für die Zukunft 3

Die Forderung nach Abschaffung des Strafübels (S. 4).

II. Strafzwecke bei der Reform 4

Notwendigkeit von Zwecken, Zweck bei der Strafdrohung (S. 4), Notwendigkeit der Modifikation desselben durch die Zwecke des Strafvollzugs (S. 5), verschiedene Richtung derselben (S. 6 f.), der Vergeltungszweck insbesondere; sein Inhalt: die Befriedigung des Ausgleichungsbedürfnisses (S. 8), seine Voraussetzungen (S. 9—16): die Strafe ein Ersatz (S. 9), Möglichkeit der Bewertung der Ersatzgröße (S. 11), Ursprung derselben in der willensfreien Tat (S. 14), Vereinbarkeit mit dem Kausalgesetz (S. 15).

III. Hauptmängel des geltenden Rechts: A. Technische Mängel . . 16

Teilweise Einarbeitung verstreuten Stoffs (S. 17), Behandlung des Polizeiunrechts (S. 18), veränderte Einteilung der Delikte (S. 19).

IV. B. Sachliche Mängel. Zunächst das Strafensystem 20

Todesstrafe (S. 20); Freiheitsstrafe (S. 21—29), gesetzliche Regelung des Strafvollzugs (S. 22), Einteilung der Freiheitsstrafen in drei Arten mit je 2 Abteilungen (S. 23 f.), richterliche Festsetzung (S. 24), Reform nicht Beseitigung der kurzzeitigen Freiheitsstrafen (S. 26 f.), Maßregeln der Besserung bei ihnen (S. 27), Maximum der zeitlichen Freiheitsstrafen, Freiheitsstrafen für Jugendliche (S. 28); Geldstrafe (S. 29—32), ihre Höhe ein Kompromiß zweier verschiedener Erwägungen; Verweis (S. 32); bedingte Begnadigung, nicht bedingte Verurteilung (S. 33), Wert und Ausgestaltung derselben (S. 34, 35); Prügelstrafe; Polizeiaufsicht (S. 36).

V. Räumliches Herrschaftsgebiet der deutschen Strafgesetze . . 37

Prinzip der beteiligten Rechtsordnung, Handlungsort de lege ferenda (S. 37).

VI. Voraussetzungen einer Zurechnung zur Schuld 37

Die geistige Minderwertigkeit und ihre Behandlung, Trennung von Strafe und etwaigen Schutzmaßregeln (S. 38, 39); Zurechnungsfähigkeit, Notwendigkeit ihrer Definition, Begriffsbestimmung (S. 40, 41); Behandlung des Rechtsirrtums beim Vorsatz (S. 42); untere Grenze der Straffähigkeit (S. 43),

Seite

Prüfung der Zurechnungsfähigkeit, kein Discernement, Verhältnis von Strafe und Zwangserziehung (S. 44); keine Strafe ohne Rechtsvorschrift, Grenzen der Analogie (S. 45); Vorsatz, Absicht, Zweck (S. 46), Erweiterungen des Notstands (S. 46, 47); begrenzte Proportionalität bei Notwehr, Unterscheidung vom Notstand (S. 47, 48).

VII. Die Strafzumessung 48

Gesetzliche Festlegung der generellen leitenden Strafzumessungsgründe (S. 48—50), Strafänderungsgründe (S. 50 f.); mildere Bestrafung des Versuchs (S. 50); absolut untauglicher Versuch (S. 51); mögliche Arten der Teilnahme (S. 52), Vereinigung der subjektiven und objektiven Teilnahmetheorie (S. 53); andere Behandlung der Idealkonkurrenz (S 54); Rückfallstatistik, Rückfallsbedeutung (S. 55); Behandlung des (ersten) Rückfalls (S 56, 57), der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit (S. 57); Ersetzung der mildernden Umstände (S. 58, 59); Rechtsgrund der Verjährung und Folgesätze (S 60 f.).

VIII. Reformen im besonderen Teil des StGB. 62

Beseitigung der Erfolgshaftung, Beibehaltung mancher Bedingungen der Bestrafung (S. 62); bessere Abstimmung der Strafrahmen und Verbrechensbegriffe zu einander (S. 63); Herabsetzung mancher Strafminima, nicht Abschaffung (S. 64), von Ausnahmen durchbrochene Tendenz der Rechtsprechung zur Milde (S. 65), Einschränkung der Strafgesetzgebung; Systematik (S. 67); Aufnahme praktisch wichtiger Begriffe (S. 67); körperliche Eingriffe zu Heilzwecken und zu Versuchszwecken und die praktische Bedeutung ihrer rechtlichen Regelung (S. 67 f.); Behandlung der Beleidigungen, mit Einschluß der Beleidigungen fürstlicher Personen (S. 73 f.); Änderungen bei Vermögensdelikten (S. 78 f.), Sittlichkeitsdelikten (S. 79 f.), Religionsdelikten (S. 80 f.), Eidesdelikten (S. 82 f.).

Drei Punkte sind es vornehmlich, welche die Inangriffnahme einer Revision des geltenden deutschen Strafrechts befürworten:

1. Die Erkenntnis, daß die bestehenden Bestimmungen nicht geeignet sind, die Kriminalität auf das geringste ohne Schädigung anderer, höherer Interessen erreichbare Maß zurückzudrängen.

Die neuesten eingehenderen Reichskriminalstatistiken betreffen die Jahre 1899 und 1900. Darnach ergingen z. B. im Jahre 1899 von den deutschen Gerichten 478139 rechtskräftig gewordene Verurteilungen wegen begangener Verbrechen und Vergehen gegen die Reichsgesetze.[1]) Die Vergehen gegen die Landesgesetze und die zahllosen Übertretungen gegen Reichs- und Landesgesetze sind also gar nicht mitgezählt.

Unter den 478139 Verurteilten befinden sich 47512 Jugendliche (d. h. Personen, welche zur Zeit der Begehung 12, aber nicht 18 Jahre alt waren), 195215 Vorbestrafte (scil. wegen Verbrechens oder Vergehens gegen die Reichsgesetze).[2])

Die Kriminalität ist nach diesen Zahlen an sich sehr hoch. Dazu kommt aber noch, daß sie absolut und prozentual seit den ersten von der Reichskriminalstatistik berücksichtigten Jahren zugenommen hat.

---

[1]) Vgl. die Statistik des Deutschen Reiches, N. F. Bd. 132 (1901) u. 139 (1902). Für das Jahr 1900 ist hinsichtlich der Gesamtzahl der Verurteilungen ein kleiner Rückgang zu verzeichnen: 469819 Verurteilte, darunter 48657 Jugendliche, 193857 Vorbestrafte.

[2]) Teils mit den physischen Verhältnissen, teils mit der Lebensstellung der Frau hängt die erheblich geringere Beteiligung des weiblichen Geschlechts an der Begehung von Delikten zusammen. Von 100 verurteilten Personen gehörten der weiblichen Bevölkerung an: bei Raub und raubgleichen Verbrechen nur 2,5 %, bei Nötigung 5,4 %, bei Verletzungen der Eidespflicht 27 %, bei Hehlerei 33,2 %. Die durchschnittliche Beteiligung der weiblichen Bevölkerung an den Verbrechen und Vergehen betrug 15,5 % im Jahre 1900 (Statist. Jahrb. f. d. D. R. 1902 S. 177).

Es entfielen im Jahre 1882 auf 100 000 Strafmündige der Civilbevölkerung 1040, im Jahre 1900 dagegen 1195 (im Jahre 1899 sogar 1244) Verurteilte[1]) (scil. wegen der bezeichneten Verbrechen und Vergehen). Es entfielen ferner an Vorbestraften auf 100 000 Strafmündige in den Jahren 1882—1886 durchschnittlich 277, in den Jahren 1892—1896 durchschnittlich 452 Personen.

2. Die Lückenhaftigkeit des geltenden Rechts.

Dasselbe gibt z. B. zwar an, wie die Strafarten heißen (Zuchthaus, Gefängnis u. s. w.), enthält aber fast nichts über die Art ihres Vollzugs.[2])

An anderer Stelle überläßt es die Entscheidung praktisch wichtiger Streitfragen einfach der Wissenschaft oder der Praxis, die aber aus dem Naturrecht oder der oft verschiedenartigen Entwickelungsgeschichte häufig keinen festen Anhaltspunkt zur Auslegung finden kann; in anderen Fällen nimmt es an, die Erklärung eines Ausdrucks sei nicht erschöpfend möglich [vgl. die Motive zu § 43 f., die Strafbarkeit untauglichen Versuchs betr.; zu § 185 f., den Begr. der Beeidigung betr.; zu § 267 f., den Begr. der Urkunde betr.].

Der dritte Punkt betrifft:

3. die mit dem zunehmenden Alter des Gesetzbuchs unvermeidlich hervortretenden Mängel psychologischer und technischer Art, welche in einer Zeit, die sich mit psychologischen Fragen stark beschäftigt und alle Unklarheiten aufzulösen strebt, sich doppelt fühlbar machen.

Nicht auf allen Rechtsgebieten altern die Gesetze gleich schnell. Am raschesten diejenigen, welche sich den schnell wechselnden Bedürfnissen des Erwerbslebens anzupassen haben, z. B. Gewerbegesetze, Zolltarifgesetze. Gute Strafgesetze haben eine viel größere Lebenszähigkeit. An den obersten Normen des menschlichen Verhaltens in der Gemeinschaft darf nicht fortwährend gerüttelt werden. Sie sollen vielmehr möglichst feste Wurzeln schlagen. Nur die technischen Mängel, welche durch die unerschöpflich Neues bringende Praxis aufgedeckt werden, machen die häufigere Vornahme kleiner periodischer

---

[1]) In den einzelnen Oberlandesgerichtsbezirken ist die Kriminalität durchaus nicht annähernd gleich hoch. Auf 100 000 Strafmündige der Civilbevölkerung kamen 1896 in dem OLGBez. Kassel 767, Berlin 1426, München 1623, Hamburg 1826 Verurteilungen der bezeichneten Art.

[2]) Vgl. die treffenden Bemerkungen bei Wach, Reform der Freiheitsstr. 1890 S. 12 und bei v. Liszt, Verhandlungen des 26. deutsch. Juristentags Bd. I (Gutachten) S. 261.

Revisionen nötig. Andrerseits ist auch schon sehr lange Zeit verstrichen, seit die Grundfragen im allgemeinen Teil des Strafrechts nicht mehr auf die Höhe der Zeit gebracht worden sind. Man hat seit dem bayer. StGB. von 1813 vorzugsweise Verbesserungen im kleinen vorgenommen, die zwar sehr beachtenswert sind, aber die Notwendigkeit, wieder einmal gründlicher zu reformieren, nicht beseitigen. Seit 1871 oder gar seit 1813 haben sich die Anschauungen des Volkes über den Wert bestimmter Handlungen in vielen Stücken geändert. Eine erkannte Disharmonie zwischen dem geltenden Recht und der Volksanschauung drängt auf strafrechtlichem Gebiete stets mit besonderer Stärke nach Ausgleichung. Denn sie wächst in Kürze an entweder zur Selbstpreisgabe gefährdeter Interessen durch den Staat oder zur schreienden Ungerechtigkeit gegen den falsch beurteilten Mitmenschen.

I. Die Voraussetzung jeder Revision des Strafrechts bildet die Frage: Bedürfen wir überhaupt eines Strafrechts für die Zukunft?

Es wäre Utopie, wollte man an die Möglichkeit glauben, daß je in einem Lande der Wille der staatlich organisierten Gemeinschaft eines Schutzes nicht mehr bedürfe oder daß auch nur Verletzungen dieses Gemeinwillens völlig verschwinden würden.

Zum Schutze seiner Interessen wird der Staat aber auch die Zufügung eines Übels gegen denjenigen nicht entbehren können, welcher diese Interessen willentlich verletzt hat.

Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob man diese Übelszufügung begründen soll mit der psychologischen Erfahrungstatsache, daß das für eine Rechtsverletzung angedrohte und vollzogene Übel eine stark abschreckende Kraft auf die Glieder der Gesellschaft ausübt, oder ob man sie zu begründen hat mit der Notwendigkeit, zum Zwecke der bessernden Erziehung des Übeltäters einen normalerweise als Übel empfundenen Zwang auf ihn auszuüben, oder ob man sie tiefer rechtfertigt mit der Verantwortlichkeit des zurechnungsfähigen Menschen für die auf seinem Willen beruhenden Eingriffe in das Herrschaftsgebiet des staatlichen Willens, welche dem auf allen Rechtsgebieten herrschenden Ausgleichungsbedürfnis auch bei den Willensübergriffen und -Eingriffen Geltung verschafft.

Unter allen Umständen ist die Zufügung eines Übels für bestimmte Rechtsverletzungen (d. h. die Strafe) eine für die Bewährung des Gemeinwillens bestehende Notwendigkeit.

Die Frage wäre eigentlich gar nicht aufzuwerfen, wenn sie nicht ernsthaft von einem Philanthropen, Vargha, Abschaffung der

Strafknechtschaft (1895, 96) verneint worden wäre.[1]) Ähnlich übrigens vom angeblichen Standpunkte der Wissenschaft aus v. Liszt, Zeitschr. f. StrRW. Bd. 17, 84: die Unverbesserlichen gehörten in ein Haus, in welchem der Geist wohlwollender Milde und fürsorgender Pflege herrscht.[2])

II. Ehe an eine Reform in grundlegenden Fragen des Strafrechts gegangen werden kann, wird sich der Gesetzgeber darüber klar sein müssen, nach welchen Strafzwecken er die Strafe ausgestalten will. Prinziploses Strafen wäre zweckloses Strafen.[3]) Dagegen ist nicht wünschenswert, daß der Gesetzgeber Dogmen einer Strafrechtsschule formuliert. Noch weniger braucht er abzuwarten, bis der Streit zu einer herrschenden Volksüberzeugung im einen oder anderen Sinne geführt hat. Andrerseits muß bei der Notwendigkeit von Zwecken für jedes Gesetz der Gesetzgeber wissen, was er mit seinen Bestimmungen erreichen will. Er muß auch bei einer Mehrheit von Zwecken, wenn sie verschiedenartige Maßnahmen befürworten, sich klar machen, welchem er bei dem einen oder anderen Rechtsinstitut den Vorrang einräumen will. Je einheitlicher er das Wertverhältnis der Strafzwecke zu einander regelt, desto freier wird das Gesetzbuch von ungerechtfertigten Widersprüchen, desto leichter wird auch seine praktische Handhabung namentlich auf dem Gebiete der Strafzumessung.

Überblickt man die verschiedenen Strafzwecke, so fällt für die gesetzliche Strafdrohung zunächst die Verhütung der Delikte ins Auge. Jede neu geschaffene Strafdrohung liefert den Beweis, daß man irgend ein Verhalten der Menschen, z. B. unlauteren Wettbewerb, Wucher, Elektrizitätsentwendung, gewisse fragwürdige Verbesserungen des Weins, verhindern will. Die Strafdrohung soll abschrecken.

---

[1]) Vgl. auch Binet-Sanglé in Arch. d'Anthropol. Criminelle Bd. 17 S. 623: „La société n'a pas le droit de punir. Elle n'a que le devoir de prévenir, de guérir et de pardonner."

[2]) Vargha sagt unter anderem: Es müssen alle entehrenden Strafen und insonderheit alle entehrenden Strafkasernen abgeschafft werden (Bd. 2 S. 658). Der sehr vernünftige Ruf ‚Fort mit den Zuchthäusern' muß ernst gemeint sein und darf nicht als halbe Maßregel verstanden werden (Bd. 2 S. 661). Die allein künftig noch zulässigen bevormundenden Sicherungsmaßregeln sollen jedoch mit Einsperrung nur in solchen Fällen verbunden sein, wo sich der Sicherungszweck ohne Gefangenhaltung nicht erreichen läßt (Bd. 2 S. 665).

[3]) Der Polemik über diesen Punkt zwischen Kahl und Birkmeyer scheint ein Mißverständnis zu Grunde zu liegen. Vgl. Birkmeyer, Juristenztg. Bd. 7 S. 325.

Je schärfer die Strafdrohung, desto vollkommener wird in der Regel dem Abschreckungszwecke gedient. Wie kommt es, daß gleichwohl so viele Strafdrohungen eine niedrige Maximalgrenze einhalten, z. B. 1 Jahr Gefängnis nicht überschreiten? Diese Tatsache beruht darauf, daß man keine größere Strafe androhen kann als diejenige, welche man hernach auch zu verhängen gedenkt. Man käme sonst zu papierenen Drohungen, welche nicht nur nichts nützen, sondern eher im stande sind, die Autorität des Gesetzes zu untergraben. Die Art und das Maß der Strafdrohung müssen sich demnach richten nach den Zwecken, welche die Art und das Maß der im Übertretungsfalle verhängten Strafe bestimmen. Die Kardinalfrage ist also: Welche Zwecke sind ausschlaggebend für die Art und das Maß der zu verhängenden Strafe? Damit steht es nicht im Widerspruch, daß der Abschreckungszweck der hauptsächliche Grund ist, weshalb man die vielleicht nach anderen Zwecken gefundene Art und Höhe der zu verhängenden Strafe überhaupt vorher androht.

Bei der Bemessung einer zu verhängenden Strafe können verschiedene Zwecke in Betracht kommen:

Der Zweck, den Verbrecher zu bessern, d. h. seinen Charakter zu rechtlichem Verhalten zu bilden; der Zweck, die übrige menschliche Gesellschaft zu bessern.

Der Zweck, den Verbrecher abzuschrecken vor Neubegehung des gleichen Verbrechens oder von Verbrechen überhaupt; der Zweck, die übrige menschliche Gesellschaft abzuschrecken von der Begehung des gleichen Verbrechens oder vor Begehung von Verbrechen überhaupt.

Der Zweck, die von dem Verbrecher für die Gesellschaft drohende Gefahr zu beseitigen (Unschädlichmachung des Verbrechers).

Der Zweck, eine begangene Tat nach dem für alle Rechtsgebiete bestehenden Ausgleichungsbedürfnisse zu vergelten, d. h. nach Maßgabe der geläuterten Werturteile über die Bedeutung einer Tat in subjektiver und objektiver Hinsicht den Willensübergriff des Täters auszugleichen durch einen Eingriff in die sonst rechtlich gewährleistete Willenssphäre des Täters.

Je nachdem man den einen oder anderen Zweck verfolgt, kann man zu verschiedenartigen Maßnahmen anläßlich der nämlichen Tat gelangen.

Läßt man den Besserungszweck ausschlaggebend sein, so ist Strafe überflüssig, wenn der Täter nach der Tat sich gebessert hat. Der Besserungszweck verträgt sich auch nicht mit der Größe der vorhandenen Schuld. Angenommen, es hat jemand einen Diebstahl

begangen, für den der Richter bei ihm als voll Zurechnungsfähigen eine Gefängnisstrafe von einem Monat als der Tat angemessen erachtet. Wenn nun ein Zweiter unter sonst ganz gleichen Umständen den nämlichen Diebstahl begeht, mit dem einzigen Unterschied, daß er geistig minderwertig, etwa geistig beschränkt ist, also in geringerer Schuld handelt, so verdient er eher eine geringere Strafe als der voll Zurechnungsfähige. Gleichwohl müßte ihm der Richter wegen seiner geistigen Beschränktheit nach dem Besserungszweck umgekehrt eine viel schwerere Strafe auferlegen, wenn der Richter annimmt, daß zur Besserung dieses geistig Beschränkten etwa eine 3jährige Straferziehung nötig ist.

Läßt man den Zweck der Abschreckung des einzelnen Verbrechers maßgebend sein, so ist gleichfalls Strafe überflüssig, wenn sich herausgestellt hat, daß der Verbrecher das Delikt nie wieder begehen wird. Diese Konstatierung ist vor der Bestrafung ebenso denkbar,[1]) wie sie umgekehrt auch nach Anwendung schwerer Strafe unsicher sein kann, weil man die Verbrecherseele nicht zu durchdringen vermochte. Auch hier laufen Schuldgröße und Abschreckungszweck nicht parallel. Das Beispiel von dem voll Zurechnungsfähigen und dem geistig Zurückgebliebenen läßt sich auch hier übertragen. Die Vorherrschaft des Abschreckungszwecks führt ferner zum Rigorismus. Je grausamer und fühlbarer die Strafe, desto vollkommener dient sie dem Zweck der Abschreckung dessen, der einen Schreck vor ihr bekommen soll. Infolgedessen vermag die Abschreckungsstrafe der verschiedenen Bedeutung der Tat nicht gerecht zu werden. Das geringfügige Delikt bedarf darnach eines ebenso großen Strafübels, als nötig ist, um Neubegehung zu verhüten, wie das schwerere.

Die Zwecke der Besserung oder Abschreckung der Gesellschaft bewirken, wenn sie anderen Zwecken vorgestellt werden, daß die Strafe nicht so einzurichten ist, wie der Schuldige es verdient, sondern wie mit ihm als Prügelknaben für die Interessen der Gesellschaft ein möglichst lehrreiches und eindrucksvolles Beispiel gegeben werden kann.[2]) Möglichste Öffentlichkeit des Strafvollzugs

---

[1]) Treffend bemerken Birkmeyer (Goltd. Arch. Bd. 48 S. 74) und Rich. Schmidt (Aufgaben der Strafrechtspflege S. 139), daß nach dem Besserungs- oder Sicherungszweck jemand auch ohne vorherige Begehung eines Delikts müsse gestraft werden können, wenn man von seiner Gefährlichkeit für irgend ein Rechtsgut überzeugt ist.

[2]) Ein gutes Beispiel gibt Clausius, Gerichtssaal Bd. 57 S. 404. Vgl. auch Heinze in v. Holtz. Hdb. Bd. 1 S. 256.

wäre eine Hauptmaßregel. Speziell beim Zwecke der Abschreckung müßten die Strafen möglichst grausam sein.

Der Zweck der Unschädlichmachung des Verbrechers (oder der Sicherung der Gesellschaft vor dem Verbrecher) führt, einseitig betont, bei jedem Verbrechen zur Beseitigung des Täters, während Strafe wegzufallen hat, wenn etwa Wiederholung durch die besonderen Umstände des Falles ausgeschlossen ist, z. B. wegen physischer Unmöglichkeit.

Begnügt man sich aber mit relativer Unschädlichmachung (z. B. Einsperrung auf Lebenszeit), so kann es oft vorkommen, daß die künftige Unschädlichkeit eines noch unbestraften Verbrechers sicherer ist als die Unschädlichkeit eines anderen zu lebenslänglichem Zuchthaus Verurteilten. Die Herbeiführung der Unschädlichkeit als oberstes Prinzip der Bestrafung entspricht also weder stets der Höhe der Schuld noch stets der objektiven Bedeutung der Tat.

Die gerügten Mißstände beim Vorherrschen eines der besprochenen Strafzwecke werden nicht behoben, sondern höchstens in ihrer schroffsten Erscheinungsform gemildert, wenn man unter die verschiedenen Zwecke die einzelnen Verbrechensgruppen in der Art verteilt, daß jeder Zweck nur für diejenigen Verbrechen die Vorherrschaft bekommt, für die er am ehesten verträglich ist. Die Milderung liegt darin, daß man damit den allgemeinen Werturteilen über die verschiedene Bedeutung der Verbrechen in objektiver und subjektiver Hinsicht wenigstens durch die Gruppierung der Verbrechen nach den Strafzwecken eine gewisse Geltung verschafft.

Die besprochenen Strafzwecke zeigen ihre Unabhängigkeit von der Schuld auch darin, daß sie zu Maßregeln auch drängen können, ohne daß eine Schuld überhaupt vorliegt. Man versucht auch Strafunmündige zu bessern, man will durch Androhung eines Übels die Gesellschaft und den einzelnen abschrecken, man muß auch manchen Geisteskranken unschädlich machen. Eben deshalb, weil sie auch außerhalb der Strafe zur Verwirklichung drängen, erweisen sie sich als ungeeignet, zu bestimmen, wann sie in der Gestalt einer Strafe zu verwirklichen sind oder inwieweit die Strafe zu gehen hat, in welcher sie mit zur Verwirklichung kommen können.

Anders verhält es sich mit dem **Strafzweck der gerechten Vergeltung.**[1])

---

[1]) Vgl. zum Folgenden insbesondere Birkmeyer, Zeitschr. f. StrRW. Bd. 16 S. 97 und Goltdammers Archiv Bd. 48 S. 72 f.



1. Allenthalben im Bereich der Rechtsordnung herrscht das Prinzip, die rechtlichen Interessen der einzelnen zu einander abzugrenzen und bei Kollisionen zwischen zwei Rechtssphären eine Ausgleichung vorzunehmen. Wir begegnen diesem Ausgleichungsbedürfnis nicht nur im Privatrecht, sondern ebenso im Verwaltungsrecht, im Prozeßrecht, im Völkerrecht. Das Ausgleichungsbedürfnis stellt die veredelte Form des Reaktionstriebes dar, der sich gegenüber einer Willensmißachtung bei Menschen wie bei Tieren findet, wenn auch in verschiedenem Grade.

Das Ausgleichungsbedürfnis, das die Grundlage aller Rechtsordnung bildet, kann besonders auf dem Gebiete des Strafrechts, dem Sitz der auf menschlichem Willen beruhenden Willensübergriffe, seine Befriedigung verlangen.

Nicht nur die Geschichte des Strafrechts aller Zeiten bestätigt uns, daß man stets in der Strafe ein taugliches Mittel zur Ausgleichung für Willensmißachtung gesehen hat und daß auch für die Verletzung des Gemeinwillens ein Ausgleichungsbedürfnis besteht, sondern auch praktische Erwägungen über das Schutzbedürfnis für den Willen der Rechtsordnung liefern das gleiche Ergebnis.

In unserer Gesellschaftsordnung nämlich, wo alle Rechtsgüter einen Wert haben, wenn auch einen verschieden großen, wäre es nicht nur eine auffallende Ungleichheit, sondern auch eine unserem Gefühle widersprechende Unbilligkeit, wenn für die in Geld zu wertende Verletzung von privaten und öffentlichen Rechten der Täter ersatzpflichtig ist, aber bei der Verletzung vielleicht viel wichtigerer Interessen des Rechtes, dem Interesse an der Befolgung dieser oder jener Norm, irgend welche Leistungspflicht des Täters nicht entstehen könnte. Rechtsgüter, die keinen ziffermäßigen privatrechtlichen Tauschwert haben, würden, wenn dies wahr wäre, keine Leistungspflicht im Falle ihrer Verletzung begründen; man dürfte ihnen nur einen Präventivschutz, d. h. einen Schutz gegen künftige Verletzung gewähren. Die geschehene Verletzung, gleichviel ob der Schaden einen Geldwert bestimmter Höhe hat, wie durchschnittlich bei der vorsätzlichen Sachbeschädigung, oder nicht, wie bei Verletzung der Staatssicherheit, des sittlichen Anstands, des religiösen Gefühls, der staatlich verstärkten Beweismittel, wäre preisgegeben, soweit darin eine geschehene Verletzung des Willens der Rechtsordnung liegt. Wenn jemand insgeheim ein schweres Verbrechen, etwa einen Landesverrat, beging, der nur dem Staatsanwalt bekannt wird, so ist darnach keine Ausgleichung nötig, nur Prävention, und wenn man sicher ist, daß weder

der Staatsanwalt vor der Begehung abgeschreckt zu werden braucht, noch der Täter je das Delikt wieder tun oder es publizieren wird, so brauchte man, wenn man das Ausgleichungsbedürfnis leugnet, überhaupt nicht zu strafen, insbesondere dann nicht, wenn man etwa annehmen muß, daß eine Bestrafung des Täters die Sicherheit vor Neubegehung nicht erhöht, sondern eher das Bekanntwerden seines Verbrechens andere zur Nachahmung reizen kann. Dem gegenüber bringt die nach dem Prinzip der Vergeltung organisierte Strafe die Annahme zur Anerkennung, daß auch die Verletzung des Willens der Rechtsordnung ein Schaden ist, der nach Wertausgleichung verlangt.

2. In dem Vergeltungszweck steckt aber noch ein weiteres Moment. Er betont nicht nur, daß die geschehene Mißachtung des Willens der Rechtsordnung eine Leistungspflicht des Täters begründet, sondern fordert auch, daß die dem Täter auferlegte Leistung ihrem Werte nach durch die Größe und Bedeutung der erfolgten Willensmißachtung in subjektiver und objektiver Hinsicht bestimmt werde.[1]) Es soll gestraft werden nicht über Verdienst und in der Regel auch nicht unter Verdienst. Im Hinblick darauf, daß nicht alle Rechtsgüter den gleichen Wert haben, verlangt der Vergeltungszweck demnach, daß auch das Maß der Strafleistung abgestuft sei nach diesem verschiedenen Werte.

a) Das setzt zunächst voraus, daß die Strafe überhaupt einen Gegenwert für Rechtsverletzungen darzustellen vermag.

In dem Wesen jedes Ersatzes liegt es, daß für einen Übergriff in die fremde Willensherrschaftssphäre ein Eingriff in die Willensherrschaftssphäre des Schuldigen erfolge. Es muß ihm also etwas von den ihm außerdem von Rechtswegen belassenen Rechtsgütern genommen werden. Da die Verletzung, der Schade für die Rechtsordnung bei kriminellem Unrecht in einer Willensmißachtung liegt, wird dem Täter stets durch die Strafe etwas genommen, was er nicht schon durch eine privatrechtliche Ersatzpflicht zu leisten verpflichtet ist. Die Rechtsgüter des Täters angreifende Strafe ist also,

[1]) Die versteckt oder offen hingeworfene Behauptung, die Vergeltungstheorie, wenigstens die ältere, berücksichtige nur oder vornehmlich die objektive Schuld, nicht die subjektive Schuld (vgl. z. B. Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, S. 200 f.), ist völlig irrig. Vgl. dagegen z. B. Geyer, Grundr. Bd. 1 S. 168, Heinze in Holtzend. Handb. Bd. I S. 342 (Rehabilitationstheorie), Schütze, Lehrb. S. 39. Darüber, daß auch das geltende Recht die subjektive Schuld in den Vordergrund stellt, wenn auch z. T. noch nicht ausreichend, vgl. Birkmeyer in Goltd. Arch. Bd. 48 S. 97.



weil sie die Ausgleichung für etwas in natura nicht zu Ersetzendes und in natura nicht Erworbenes darstellt, objektiv ein Übel. Der Täter kann zwar durch seine Tat materiellen Gewinn gehabt haben, aber die Übertretung des Willens der Rechtsordnung, für welche er, im Gegensatz zum civilen Ersatz, Strafersatz leistet, hat stets nur einen ideellen Wert für ihn. Da die Rechtsordnung, deren Rechtsanspruch auf Gehorsam verletzt ist, diesen, soweit er einmal verletzt ist, unwiderbringlich verloren hat, muß sie den Ersatz auf einem anderen Gebiete suchen und in der Tat löst nichts die Dissonanz zwischen dem geforderten und nicht geleisteten Willen so gut auf, als die Möglichkeit, nun umgekehrt die Willensherrschaft des Täters um ein entsprechendes Stück zu verkürzen, indem man ihm ein sonst rechtlich gewährtes Gut nimmt. Soweit dem Täter durch die Strafe materielle Güter genommen werden, ist es klar, daß die Gemeinschaft, deren Wille verletzt wurde, auch etwas dafür erhält. Allein die Vermögensstrafe ersetzt die Größe der Verletzung nicht bei den schwereren Delikten. In den Fällen, in welchen Leben, Freiheit und Ehre als Strafe für notwendig erachtet werden, ist der Ersatz für das verletzte Recht auf Gehorsam kein unmittelbarer oder materieller Gewinn für die Rechtsordnung, wenigstens nicht begrifflich. Da aber gleichwohl eine Ersatzpflicht auf seiten des Täters bleibt, der die ihm abgesteckte Rechtssphäre überschritten hat, so begnügt sich die Rechtsordnung damit, daß sie ihm ein möglichst großes Quantum von Willensmißachtung zufügt, d. h. ihm ebensoviel von seiner sonst ungestörten Willensherrschaft entzieht, als seine Mißachtung eines fremden Willens zu bewerten ist. Es wäre reiner Hohn, wollte man das Ersatzrecht der Rechtsordnung lediglich aus dem Grunde verneinen, weil die Leistung des für den Bruch des Gehorsams Ersatzpflichtigen ihr vielleicht keinen großen Gewinn bringt. Zudem hat sie stets darin einen Gewinn, daß der Welt dargethan ist, wie der Täter durch seine Tat einen Rechtsgüternutzen nicht gezogen hat. Dazu kommt, daß die Strafe auch als Lebens-, Freiheits- und Ehrenstrafe in den meisten Fällen noch anderen Nutzen bringt. Sie schafft in der Regel Abschreckung, Sicherung, manchmal auch Besserung. Gerade dieser Wert der Strafe darf sogar bei der Bewertung des Äquivalents, welches für eine bestimmte Rechtsverletzung von der Rechtsordnung anzusetzen ist, mit in Rechnung gezogen werden. Der durchschnittlich von einem bestimmten Strafrahmen zu erwartende Gewinn wird nämlich für die Bewertung der Höhe einer Rechtsverletzung dann maßgebend sein, wenn der sonstige

Ausgleichungsmaßstab kein zuverlässiges Ergebnis über den relativen Grad einer Rechtsverletzung (d. h. der Willensmißachtung gegenüber dem Rechte) abgibt. Handelt es sich beispielsweise um die Schaffung eines neuen Strafgesetzes, so wird zunächst festzustellen sein, welchen Grad von Erheblichkeit das zu schützende Interese im Vergleich zu anderen geschützten Interessen besitzt. Alsdann wird zu fragen sein: Mit welchem Maß der Übelsauferlegung erreicht man nach dem Durchschnitt bereits einen solchen Nutzen für den Schutz des Interesses (durch Abschreckung der Gesellschaft), daß eine noch schärfere Betonung dieses einen Interesses das Wertverhältnis desselben zum Nachteil anderer Interessen, z. B. dem Interesse der Gesellschaft an der möglichsten Belassung und Entwicklung der Freiheit aller ihrer Glieder verschieben würde. Anders ausgedrückt: Es kann für die Bestimmung einer Strafdrohung gefragt werden, ob der von einer bestimmten Strafgröße zu erwartende Gewinn für den Schutz eines speziellen Rechtsinteresses nicht aufgewogen wird durch die Schattenseiten, welche die Strafe für andere Interessen hat. Als solche andere Interessen kommen für den Staat in Betracht die Rücksicht darauf, daß alle Rechtsgüter nur im Verhältnis zu ihrem Werte gestraft werden können, wenn anders durch allzu vieles Strafen nicht zu viele nützliche Glieder der Gesellschaft entzogen werden sollen, ferner die Rücksicht darauf, daß die im Interesse aller einzelnen zum Staate organisierte Gesellschaft darnach trachten muß, allen einzelnen gleichmäßig tunlichst ihren Rechtskreis zu belassen, endlich die Rücksicht auf die unmittelbaren Lasten, welche der Strafvollzug mit sich bringt.

b) Weitere Voraussetzung ist, daß man einen Ausgleichungsmaßstab für die vergeltende Strafe hat.

Ein solcher Maßstab ist zu finden in den geschichtlich überlieferten Werturteilen über die Bedeutung einer Tat in objektiver und subjektiver Hinsicht. Sie enthalten die jeweilige Volksanschauung über den Wert eines Rechtsgutes und über die Bedeutung, welche eine gewisse bekundete Willensrichtung für eine Verletzung der Objekte jenes Rechtsgutes hat. Der Wert mancher Rechtsgüter wechselt allmählich mit den Bedürfnissen eines Volks. Die Werturteile werden demnach periodisch einer Prüfung bedürfen, ob sie noch die gleichen sind. Man kann zusammenfassend sagen, das verschieden große Schutzbedürfnis für die Interessen des Rechts bestimmt deren Wert, aber es wäre verkehrt, wenn man daraus ableiten wollte, das künftige Schutzbedürfnis bestimme die Größe einer bereits verdienten

Strafe.[1]) Denn der Wert einer Rechtsgutsverletzung bestimmt sich nur nach der Größe des Interesses, welchen der Verletzte an dem Nichteintritt der Verletzung gehabt hat, nicht nach der Größe des Interesses, welches er an der Verhütung einer abermaligen Verletzung hat. Die Strafe ist demnach verdient und der Strafanspruch begründet, auch wenn vom Verletzten eine Wiederholung nicht zu befürchten steht.

Überblickt man die Geschichte des Strafrechts bis ins 18. Jahrhundert mit ihren vielfach qualifizierten Todesstrafen und den martervoll verstümmelnden Leibesstrafen, so gewinnt es den Anschein, als ob man den Gegenwert in der Strafe für eine bestimmte Rechtsverletzung (für Verletzung eines staatlichen Schutzbedürfnisses von gewisser Höhe) früher unbewußt anders angesetzt habe als jetzt. Vergleicht man nämlich die Rechtsgüter des einzelnen Täters mit den außer seinem Rechtskreise befindlichen Rechtsgütern, so kommt man leicht zu der Berechnung, daß die einfache Vernichtung aller seiner Rechtsgüter (Leben, Ehre, Vermögen) einen geringeren Güterbestand zum Objekt hat als die Güter, um welche der Täter andere geschädigt hat, indem er etwa mehrere Menschenleben oder ein mehr als ein Menschenleben wertes Gut, wie den Bestand der Staatsgewalt, verletzt oder vernichtet hat. Man konnte so zu dem Schlusse kommen: Für besonders schwere Rechtsverletzung genügt die einfache Vernichtung der Rechtsgüter des Täters nicht, man muß, um eine Gleichheit zu erzielen, sie künstlich steigern, indem man die Vernichtung der Rechtsgüter verschärft, z. B. durch Auferlegung von Körperqual und nachfolgende verschärfte Todesart.

Heutzutage ist man dagegen bei einem andern Maßstabe angelangt, indem man den Grad der Willensmißachtung oder Willensvernichtung, welchen der Täter gegenüber einem fremden Willen beging, vergilt durch einen entsprechenden Grad von Vernichtung oder Mißachtung der Willensherrschaft des Täters. Das Maximum dessen, was der Täter tun kann, ist, daß er vorsätzlich und rechtswidrig einen oder mehrere fremde Menschen und damit die Möglichkeit derselben, je noch sich frei zu betätigen, vernichtet. Die vorsätzliche Vernichtung eines abstrakten Rechtssubjektes wie des

---

[1]) Diesem Irrtum verfällt neuerdings wieder Sichart (Bl. f. Gefängniskunde Bd. 36 S. 54), indem er ausführt, oberstes Prinzip des Strafens sei der Grundsatz: ne peccetur; ferner Enrico Ferri, Die positive kriminalistische Schule in Italien, 1902, S. 43, indem er die Strafmaße der Gerichte deswegen angreift, weil man nicht vorher sagen könne, wann jemand geheilt sei.

Staates ist darauf zu prüfen, ob sie für die Gesellschaft eine vorsätzliche Vernichtung von Menschen bedeutet (zu bejahen) oder weniger. Das Maximum dessen, was dem Täter auferlegt wird, ist, daß man seine Person ebenfalls vernichtet, sei es, daß man ihn hinrichtet oder sich damit begnügt, seine freie Existenz in lebenslänglicher Einsperrung aufzuheben. Man sagt also, das Höchste, was hergegeben werden kann von dem Menschen, ist sein Leben oder seine Freiheit auf Lebenszeit. Dieses Höchstmaß der wegzunehmenden Güter ist bereits erreicht, wenn der Täter vorsätzlich ohne besondere Milderung ein Menschenleben vernichtet hat. Hat er mehr getan (Tötung eines höher wertigen Lebens des Staatsoberhaupts, Tötung mehrerer Menschen), so ist dieses Äquivalent dennoch genügend. Denn wenn man entschlossen ist, einem Menschen das Leben zu nehmen, so gewinnt man von dem ohnehin zu Vernichtenden durch vorherige besondere Quälerei doch nicht mehr, als was er leisten muß: die Befreiung von seiner Existenz. Ausschließlich, um damit die übrigen abzuschrecken, die Todesstrafe zu verschärfen, wäre kein genügender Rechtfertigungsgrund, ganz abgesehen davon, daß die Nachteile einer solchen Verschärfung (Verletzung des Humanitätsgefühls und Sittenverrohung) überwiegend wären. Hat der Täter weniger getan, als nach seinem am besten vergleichbaren höchsten Gut (Entziehung des Willens [Lebens] für vorsätzliche Tötung) an Wert gleichkommt, so wird die Gleichung zwischen seinem Tun und seiner Strafe in der Weise aufzustellen sein: In welchem Prozentverhältnis steht hinsichtlich seiner Schwere der vom Täter begangene Willensübergriff in fremde Rechtssphären zu derjenigen Mißachtung fremder Willensherrschaft, welche in der vorsätzlichen Vernichtung eines fremden Menschen liegt? Sind Rechtsgüter der Gesellschaft, z. B. bei Widerstand gegen die Staatsgewalt, angegriffen, so wäre demnach unter Zuhilfenahme der geschichtlich überkommenen Werturteile etwa zu fragen: Um wie viel bedeutet der ausgeführte Wille, eine Vollstreckungshandlung etc. zu hindern, weniger als der ausgeführte Wille, einen Menschen zu töten. Kommt man hierbei nicht zum Ziel, so mag man die oben (unter a am Ende) angedeutete Gegenprobe machen, indem man fragt nach dem relativen Grade des Schutzbedürfnisses gegen eine bestimmte Verletzung rechtlicher Interessen im Vergleich zu dem Interesse an der Verhütung der vorsätzlichen Tötung von Menschen.[1])

---

[1]) Kaum richtig die Annahme von Clausius, Gerichtssaal Bd. 57 S. 412: „Die vom StGB. bestimmten Strafmaße entspringen stets einem Kompromiß zwischen den zwei Kräften, dem Interesse für den Staat und dem Interesse für den Einzelnen."

c) Voraussetzung ist endlich, dass die zu vergeltende Tat zurückzuführen ist auf den Willen eines verantwortlichen Menschen.[1]) Wenn durch Naturereignis ein Stein sich löst und uns verletzt oder wenn ein unvernünftiges Tier uns gestochen hat, aber damit auch den Stachel verliert, so besteht kein Bedürfnis nach einer Reaktion und eine solche wäre auch unsinnig. Nur wer einen eigenen Willen hat, kann auch fremden Willen respektieren.

Wäre des Menschen Tat, die wir vergelten wollen, nicht zurückführbar auf sein eigenes bewußtes Wollen, so hätte ein ausgleichendes Übel keinen Sinn, da ein Willensübergriff nicht stattgefunden hat. Es wäre eine unnötige Grausamkeit zu strafen.

Man könnte sich höchstens die Erfahrungstatsache zu nutze machen, daß durch die abschreckende Wirkung der Übelszufügung die Zahl der gesellschaftsschädlichen Handlungen gemindert werden kann. Aber mit Rücksicht auf die Humanität und notwendige Achtung vor dem Mitmenschen (vor der Menschenwürde) wäre es Pflicht, jedes Übel vom Menschen fernzuhalten, das sich irgend vermeiden läßt. Man kann dann also nicht strafen, weil jemand es nicht besser verdient hat, sondern man darf den unschuldigen Menschen nur dann zum Opfer seines Übels machen, wenn außerdem schlechterdings nicht die Menschheit im Zaume zu halten wäre. Zunächst wäre es jedenfalls Pflicht des Staates, die Präventivpolizei ungeheuer zu verstärken und die Erziehung in Liebe gewaltig intensiver zu betreiben, um Verbrechen zu verhüten, ehe an eine Übelsverhängung zum Zwecke der künftigen Abschreckung gegangen werden dürfte. Und ganz ungerecht wäre es, wollte man eine geschehene Tat sühnen, wenn sie unbekannt geblieben ist und Wiederholung nicht zu befürchten steht.[2]) In denjenigen Fällen, wo Abschreckung nötig ist, richtet sie sich nicht nach dem, was der Mensch getan hat, sondern nach der Gefährlichkeit seines Willens. Dazu braucht man keine Ausführungshandlung abzuwarten. Dieselbe kann die Absichten des Abszuschreckenden vielleicht weniger sicher kundgeben als eine

---

Denn das Interesse des Staats als der organisierten Gesellschaft umschließt unmittelbar die Rücksicht auf die möglichste Schonung jedes Einzelnen.

[1]) Nimmt man diese Voraussetzung an, so bedeutet es keine sachliche Verschiedenheit, wenn man das Wesen der staatlichen Strafe bezeichnet als eine Sühne. Vgl. Kohler in Holtz. REnc. 6. Aufl. I 57, Birkmeyer in Goltd. Arch. Bd. 48 S. 62.

[2]) Hat z. B. jemand insgeheim seinen reichen Bruder oder Vater ermordet, um einen schönen Hof zu erben, so kann es sicher sein, daß er jetzt nicht nach weiteren Verbrechen dürstet. Reiche Leute pflegen weder zu stehlen noch Raubmorde zu begehen. Wozu also die Tat noch strafen, wenn sie nicht bekannter wurde!

vorher von ihm privatim aufgeschriebene Notiz über sein Vorhaben.

Dies wären die Folgen, wenn man es ablehnt, das gemeinschädliche vorsätzliche Handeln eines Menschen zurückzuführen auf einen Entschluß, den er selbsttätig auf sich nehmen konnte. Dem gegenüber ist die Erfahrungstatsache unseres Bewußtseins zu betonen, daß der ausgewachsene Mensch den auf ihn einstürmenden Trieben gegenüber nicht bloß Durchgangspunkt ist, welcher dem stärkeren Triebe den Zugang zu den motorischen Nerven verschaffen muß, sondern daß er gegenüber den äußeren Reizen und den Charaktereigenschaften einen dritten Faktor bildet.[1]) Dieser Faktor besteht in dem Vorhandensein eines Willens, welcher durch das Bewußtsein ausgelöst wird. Der körperlich und geistig gesunde Mensch vermag sich richtige d. h. mit der Auffassung des Gros der Menschheit übereinstimmende Vorstellungen über Vorgänge in der Außenwelt zum Bewußtsein zu bringen, er vermag sich auch richtige Vorstellungen über die bestimmte mögliche Wirkung seines Handelns in der einen oder anderen Richtung zu bilden. Er vermag endlich (ohne körperlichen Zwang) die zum Bewußtsein kommenden Reize anzuhalten und eine Überlegung vorzunehmen. Er wählt bei verschiedenen Handelnsmöglichkeiten immer diejenige, welche ihm die meisten Lustgefühle verspricht. Aber der etwaige allgemeine Wert der verschiedenen Lustgefühle entscheidet hierüber nicht. Er wählt also nicht etwa notwendig das sittlich Beste oder das sinnlich Reizvollste oder das körperlich Gesündeste oder das Bequemste oder das vom Recht Geforderte, sondern er entscheidet, welche Art von Lustgefühlen er im Einzelfall für sich vorziehen will. Wenn diese Kategorien von Trieben nicht zum nämlichen Tun hintreiben und er sich für die eine oder andere Art entscheidet, so kennt er den Widerspruch, in den er damit zu den anderen Trieben sich stellt. Schließt er sich einem Triebe an, stellt er er seine Energie in den Dienst eines bestimmten Triebs, so übernimmt er damit die Folgen, welche die bewußte Divergenz mit einem anderen Triebe hat, mag er auch die Folgen für unwahrscheinlich halten. Man kann auch sagen, er macht einen bestimmten Trieb sich zu eigen, erhebt ihn zu seinem Willen, während er sich des Widerspruchs mit einem anderen Triebe bewußt ist und sich

---

[1]) Die Willensfreiheit bedeutet nichts weniger als eine Ausnahme vom Kausalgesetz, wie dies immer wieder, so neuestens von Enr. Ferri, Die positive kriminalistische Schule in Italien, 1902 S. 20, angenommen wird. Das Dasein des selbstbewußten Menschen ist eben eine causa neben den Motiven.



bewußt ist, daß er diesen Widerspruch beseitigen könnte, wenn er seine Kraft in den Dienst des anderen Triebes stellte. Hiermit begründet er seine Verantwortlichkeit gegenüber den üblen Folgen. Diese Verantwortlichkeit ist in jedem Einzelfall auch dann vorhanden, wenn der Entschluß auf einer eingewurzelten Neigung (auf einer Charaktereigenschaft) beruht. Der Widerspruch zu anderen Trieben kommt auch hier noch zum Bewußtsein, aber bei den einzelnen Wiederholungsfällen nur mit geringerer Intensität. Ebensowenig wird das Bewußtsein der Verantwortlichkeit aufgehoben dadurch, daß ein Trieb, dem nachgegeben wurde, besonders stark einwirkte. Erst dann ist die Verantwortlichkeit nicht mehr vorhanden, wenn die Stärke des Triebes so stark ist, daß das Bewußtsein eines vom Willen abhängigen Widerspruchs mit anderen Trieben nicht entsteht. Ist der Mensch verantwortlich, gibt er die bestimmende Bedingung für die Richtung eines Entschlusses, so kann auch die Rechtsordnung von ihm eine Ausgleichung für den Widerspruch verlangen, in welchen er sich zu ihrem Willen gesetzt hat. Er ist dann derjenige, an welchen sie sich auch halten kann, und nicht bloß die äußeren Bedingungen (nämlich die Reize) sind es, auf deren Entfernung sie vernünftigerweise angewiesen bleibt.

III. Auf Grund der erörterten Vorfragen, ob überhaupt ein Strafgesetzbuch nötig ist, ob man sich nicht mit der Abschaffung der Strafen genüge tun kann, sowie der Frage, welche Prinzipien man bei Abfassung eines Strafgesetzbuchs zur Durchführung bringen kann, erhebt sich die weitere Frage, welches sind die Mängel im einzelnen, nach deren Beseitigung ein Bedürfnis besteht. Im engen Rahmen eines auf die Allgemeinheit berechneten Vortrags sollen unter Verzicht auf manche lockenden Detailfragen nur einige Hauptgesichtspunkte herausgehoben werden.

Dazu gehören zunächst einige Probleme überwiegend technischer Natur:

1. Es erscheint als dringendes Bedürfnis, soweit als tunlich, die in über 200 Nebengesetzen zerstreuten strafrechtlichen Bestimmungen anderer Reichsgesetze (mit Ausnahme des Militärstrafrechts) zu einem einheitlichen Gesetze mit dem Reichsstrafgesetzbuch zu verschmelzen.[1])

[1]) Vgl. dazu Gutachten I (v. Liszt) These 1 zu den Verhandlungen des 26. deutschen Juristentags; ferner das Referat von Kahl (These II, 1) für den 26. deutschen Juristentag.

Diese Einarbeitung hätte dreifach günstige Folgen:

a) Zahlreiche gegenwärtig bestehende Wiederholungen würden vermieden, z. B. die gleichartig wiederkehrende Regelung der Untreue, des Verrats von Geheimnissen, der Verjährungsfristen.

b) Zahlreiche Lücken, Ungleichheiten und Rechtssingularitäten würden beseitigt, z. B. hinsichtlich der Rückfälligkeit, der Behandlung des Zusammentreffens der Verbrechen, hinsichtlich der Nötigung nach Gewerbeordnung § 153, der Umwandlungsmaßstäbe für Geldstrafen, der Voraussetzungen der Einziehung.

c) Die dringend erwünschte Rechtskenntnis würde dem Volke wie den Richtern wesentlich besser vermittelt.

Andrerseits ist zu berücksichtigen, daß vollständige Einarbeitung aller Strafbestimmungen eine sehr unzweckmäßige Arbeit wäre.

Nicht aufzunehmen sind:

a) Strafbestimmungen, welche, wie manche der Gewerbeordnung und der Steuergesetze, häufigem Wechsel unterliegen. Das Strafgesetzbuch soll nicht wegen Nebenfragen fortwährend mit Novellen ausgeflickt werden.

b) Strafbestimmungen, welche eine Reihe von technischen Vorkenntnissen voraussetzen und nur im Zusammenhang mit außerstrafrechtlichen Bestimmungen den Tatbestand verständlich machen, z. B. einzelne Bestimmungen der Zoll- und Steuergesetze, insbesondere des Stempelgesetzes, die meisten Bestimmungen des Weingesetzes, der Gesetzes betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau.

c) Strafbestimmungen für einen besonderen Lebensberuf, die eine Mehrheit verschiedenartiger Delikte betreffen. Sie werden besser im einheitlichen Zusammenhang eines Spezialgesetzes belassen, wenn sie bei der systematischen Einarbeitung in den speziellen Teil des Strafgesetzbuches in die verschiedensten Abschnitte desselben verteilt werden müßten; so die Bestimmungen der Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

2. Neben der Einarbeitung von Strafbestimmungen kommt die Ausschließung von Materien aus dem bisherigen Inhalte des Strafgesetzbuches in Frage: nämlich die Eliminierung sei es aller Übertretungen oder doch der Polizeiübertretungen.[1])

Gegenwärtig sind die verschiedenartigsten Übertretungen in

[1]) Für letzteres treten namentlich ein v. Liszt und Kahl in den cit. Arbeiten, sowie James Goldtschmidt, Goltd. Arch. Bd. 49 S. 71 f.

einem Schlußabschnitt des Strafgesetzbuches ziemlich unsystematisch zusammengeworfen; dies heischt entschieden eine Verbesserung.

Es ist ferner fraglich, ob das Polizeiunrecht nicht vielleicht zweckmäßiger in eine eigene Reichspolizeiordnung einzuverleiben ist.

Es ist aber entschieden der Versuch zurückzuweisen, das Polizeiunrecht zu einem von dem Kriminalunrecht qualitativ verschiedenen Unrecht zu stempeln. Die polizeilichen Strafbestimmungen sind echte Strafbestimmungen;[1]) sie sind nur eine besondere Klasse derselben. Die Polizeidelikte sind Rechtsgüterverletzungen, nur eine besonders leichte Art derselben, deren Begehung vom Volke nicht als ehrenrührig angesehen wird. Sie betreffen Übertretungen von Vorschriften der öffentlichen Wohlfahrtspolizei, zu deren Vorliegen der Eintritt eines nennenswerten Schadens für die Einzelnen nicht erforderlich (z. B. unterlassenes Kehren, Baden an verbotenem Ort, Blumentöpfe gestellt an gefährlicher Stelle, Steine in einen fremden Garten geworfen, unterlassene Einholung feuerpolizeilicher Erlaubnis).

Der charakterisierten Natur des Polizeiunrechts wird auch seine Behandlung entsprechen müssen: Unterwerfung unter die Kriminalstrafe, gleiche Anforderungen an die Zurechnungsfähigkeit, gleiche Schuldausschließungsgründe. Vorzugsweise Verwendung einer taxativen Geldstrafe, jedoch nicht Ausschluß subsidiärer Haft. Die Ausnahmen, welche bezüglich einzelner Bestimmungen des allgemeinen Teils z. B. hinsichtlich des Versuchs und der Beihilfe bereits bestehen (nicht nur für die polizeilichen Übertretungen) sind beizubehalten, teilweise sogar zu erweitern z. B. durch Bestimmungen über den Nichteintrag in die Strafliste, durch prozessuale Erleichterungen.

Grundsätzlich hat das Strafgesetzbuch mit der Aufnahme des Polizeiunrechts unter seine Bestimmungen wie mit der Berücksichtigung der Geringfügigkeit des Unrechts das Richtige getroffen und es erscheint gerade gegenüber der Ansicht, als ob Polizeiunrecht nicht auch kriminelles Unrecht wäre, das staatlich durch Richter zu vergelten ist, besser, auch alle die Garantien aufrecht zu erhalten, welche die Justizrechtspflege gegenüber der Verwaltung voraus hat, in Fällen wo es sich um Strafansprüche handelt. Für die Beibehaltung im Strafgesetzbuch spricht endlich auch die nahe Verwandtschaft, welche die meisten Gefährdungsverbote zu den als Verbrechen oder Vergehen strafbaren Verboten der Verletzung des nämlichen Rechtsgutes aufweisen.

---

[1]) Gl. M. Binding, Handb. d. Strafr. I 83, 276, Birkmeyer, Rechtsencycl. S. 1035.

Mit Rücksicht auf diese Verwandtschaft, wäre es vielleicht sogar sehr nützlich auf Grund der seit 1870 wesentlich verbesserten Kenntnis vom systematischen Zusammenhang der Verbrechen die einzelnen Polizeidelikte je denjenigen Materien des übrigen Kriminalunrechts einzufügen, denen sie zugehören. Die generellen Bestimmungen der einzelnen Abschnitte über die Rechtswidrigkeit, Strafausschließungsgründe etc. würden dann unmittelbar auch auf sie anwendbar.

3. Ist eine Einteilung der Verbrechen von nöten und welche? Gegenwärtig wird unterschieden zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Die eine Einteilung der leichtesten Fälle, für welche eine Reihe von Besonderheiten des allgemeinen Teils gilt, nämlich der Übertretungen, und der schwereren Delikte (Kriminalunrecht im engeren Sinn[1]) wird zweifellos gemacht werden können, und zwar auch hinsichtlich der Höhe und der Art der Strafe (taxative Geldstrafe und Haft).

Aber auch innerhalb der schwereren Delikte bedarf es der Scheidung. Beleidigung, Hausfriedensbruch, die leichte Körperverletzung, die einfache Sachbeschädigung, sie stehen nicht auf einer Stufe mit Mord, Raub und schwerer Brandstiftung, Hochverrat, Meineid und Falschmünzerei.[2])

Bisher schied man die Verbrechen von den Vergehen und diese von den Übertretungen nur durch das angedrohte Strafmaximum. Daran knüpfen sich verschiedene praktische Folgen. Hiervon ist schon allein die auffallend, daß z. B. derjenige, welcher in einen fremden Garten eingestiegen ist und sich eine Rose gebrochen hat, ein Verbrecher ist, auch wenn er nur 3 Monate Gefängnis, oder als Jugendlicher nur ein paar Tage erhält, daß dagegen derjenige nur eines Vergehens schuldig ist, welcher sich 100000te von Mark erpreßt hat und dafür 5 Jahre Gefängnis bekommt. Weitere Beispiele siehe bei Hermann Seuffert S. 22.

Eine Besserung solcher Mißverhältnisse wird dadurch erzielt, daß als Verbrecher nur der anzusehen ist, der eine Strafe von bestimmter Höhe, etwa mindestens 2jährige Freiheitsstrafe, erhält. Zugleich könnte als Freiheitsstrafe von 2 Jahren (und mehr) Zuchthaus festgesetzt werden, für Vergehensstrafen Gefängnis. Außerdem kann diese Unterscheidung verwertet werden für die Vollstreckungs-

[1]) Binding, Handb. I 512.

[2]) H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, 1902 S. 26, verhält sich diesem Unterschiede gegenüber ablehnend, gibt aber zu, daß ein Bedürfnis nach Unterscheidung von vielen gefühlt werde.

verjährung, für Nebenstrafen, für Strafzumessung bei Rückfall, für Strafumwandlung.

Daneben muß aber für andere Fälle eine Unterscheidung je nach dem Höchstmaß der angedrohten Strafe aufrecht erhalten bleiben; z. B. die Begünstigung, die Aufforderung zur Begehung von Delikten, die Notwendigkeit der Bestrafung des Versuchs; die Möglichkeit der Bestrafung gewisser Auslandstaten kann davon abhängig werden, daß der gesetzliche Tatbestand mit Verbrechensstrafe bedroht ist, d. h. daß eine Handlung vorliegt, deren Strafrahmen den eines Vergehens übersteigt.

IV. Wichtiger als die technischen Reformen sind die inhaltlichen des Strafgesetzbuches. Wenden wir uns zunächst zum Strafensystem.

1. Die Beibehaltung oder Abschaffung der Todesstrafe, eine früher aufs leidenschaftlichste umstrittene Frage,[1]) hat aufgehört „im Brennpunkte des Interesses zu stehen".[2])

Man hat gesehen, daß Staaten weiter bestehen, welche (wie z. B. Italien und Holland) sie abgeschafft haben. Man hat anderseits gesehen, daß ihre Beibehaltung für die allerschwersten Verbrechensfälle (z. B. in Deutschland, Frankreich, England[3])) nicht die schädlichen Wirkungen hatte, welche man etwa von ihr befürchten konnte.

Man wird den Schwurgerichten und den Justizverwaltungen das Zeugnis ausstellen können, daß jeder Fall mit der äußersten Peinlichkeit untersucht wird, ehe es zur Verhängung und zum Vollzug der Todesstrafe kommt. Ein schweres Bedenken bleibt freilich: Alle Strafen, insbesondere die Freiheitsstrafe, sind physisch irreparabel. Wer gibt die im Gefängnis verbrachten Jahre zurück? Aber bei der Todesstrafe ist außer dieser Irreparabilität auch die nachträgliche Ausgleichung des unschuldig erlittenen Übels auf anderem Wege nicht möglich. Nur Rufreparation und Entschädigung der Hinterbliebenen ist noch ausführbar.

---

[1]) Vgl. z. B. die Rede Bismarcks vom 23. Mai 1870 für, die Schriften von Holtzendorff (1875) und F. G. Weber (1874) gegen die Todesstrafe. In neuester Zeit hat sich von Strafrechtslehrern Hermann Seuffert (Ein neues StGB., S. 56) gegen, Beling (Grundzüge d. Strafr., 2. Aufl. S. 26), von Calker (Gutachten S. 250) für sie ausgesprochen.

[2]) Vgl. das Referat von Kahl bei den Verhandlungen des 26. deutschen Juristentags.

[3]) Vgl. über England: Kenny, Outlines of Criminal Law, 1902, S. 482.

Dieses Hauptbedenken gegen ihre Beibehaltung ist wohl das Ferment, welches in ängstlichen Gemütern die Forderung nach Abschaffung immer wieder entstehen läßt. Denn die Bedenken gegen das Schauerliche des Hinrichtungsaktes können durch Fernhaltung alles unnötigen Beiwerks sehr gemildert und dann durch andere Gründe aufgewogen werden.

Das menschliche Leben, welches auf anderen Rechtsgebieten sogar ohne Verschuldung des Opfers der Bestimmungen nicht so hoch eingeschätzt wird (z. B. im Kriege, bei Notwehr und Notstand, bei Zulassung von Gewerbebetrieben mit statistisch nachweisbarer Gefährlichkeit), verdient nach vorsätzlicher Begehung der allerschwersten Verbrechen nicht diese abnorme Wertschätzung, daß man es künstlich auf Kosten der Gesellschaft im Gefängnis erhalten muß. Kann eine menschliche Tat die vollständige Vernichtung eines Menschenlebens verdient erscheinen lassen, so braucht man mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Justizirrtums, der bei der heutigen Sorgfalt in der Untersuchung derartiger Fälle und ihrer Vollstreckbarkeitserklärung, sehr fern gerückt ist, auf dieses Schutzmittel der Gesellschaft nicht zu verzichten.[1]) Mag es immerhin Zweckmäßigkeitsfrage sein, ob die Todesstrafe außer in Kriegs- oder Belagerungszuständen aufzuheben ist, das eine wird nicht mehr aufrechtzuerhalten sein, daß diese Strafe bei den allerschwersten Verbrechern, z. B. Massenmördern, gewohnheitsmäßigen Mördern, eine ungerechte Reaktion der Gesellschaft darstellt. Die Schwere der Tat bemißt sich ja auch nach der Gesinnung und man hat die Erfahrung erst in den letzten Jahren gemacht, daß begnadigte Mörder durch Tötung eines Aufsehers oder Ausbruch aus dem Zuchthaus ihre der Gesellschaft gefährliche Gesinnung aufs neue bestätigt haben.

2. Die Freiheitsstrafe, das Hauptstrafmittel der Gegenwart, ist im Deutschen Reich dem Namen nach sehr vielgestaltig (Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft). Ihr Vollzug richtet sich in allen wesentlichen Punkten nach Landesrecht, so daß die Gegensätze zwischen Zuchthaus und Gefängnis, Festungshaft und Haft sehr erheblich gemindert werden können.[2]) Abgesehen davon erstreckt sich

[1]) Todesstrafe wurde im Jahre 1900 über 38 Personen verhängt. Ihre Häufigkeit hat wesentlich abgenommen. Im Durchschnitt der Jahre 1882—87 kam sie noch 74 mal vor. Zur Vollziehung ist die Strafe stets bedeutend seltener gelangt.

[2]) Freiheitsstrafen wurden im Jahre 1900 verhängt gegen 265 643 Personen (allein wegen Verbrechens oder Vergehens gegen die Reichsgesetze). Davon erhielten 9726 Pers. Zuchthaus, 255 217 Gefängnis, 99 Pers. Festungshaft, 601 Pers. Haft.



der Gegensatz der Gleichheit, als Ausfluß der gerechten Vergeltung auch auf die gleiche Vollstreckung gleicher Strafübel. Zwar haben sich die Bundesstaaten durch Bundesratsbeschluß vom 28. Oktober 1897 über zahlreiche Grundsätze betreffend den Vollzug von Freiheitsstrafen geeinigt. Allein diese Einigung ist keine unkündbare Verpflichtung, sie ist auch unvollständig, sie entbehrt der Vorzüge, welche eine reichsgesetzliche Festsetzung der in die persönliche Freiheit des Einzelnen tief eingreifenden Maßregeln mit sich bringt. Selbstverständlich muß unbedingt die Anwendung vieler Maßregeln dem Ermesssen der Gefängnisbehörden überlassen bleiben.

Einheitlicher Regelung wird bedürfen das Höchstmaß der bei den verschiedenen Strafarten aufzuerlegenden Beschränkungen und Übel, also z. B. der Arbeitszwang, die Arbeitszeit, die Verwendung des Arbeitsverdienstes, die Beschäftigungsart, die Disziplinarstrafe, die unbedingt erforderliche Größe des Arbeits- und Schlafraums, die Zuläßigkeit der Einzelhaft und des vollständigen Schweiggebots im Sinne eines Progressivsystems, die Zulässigkeit eines kontrollierten und beschränkten Verkehrs mit der Außenwelt, die Verpflichtung zur Gefängniskleidung, die Berechnung der Strafdauer (Verpflichtung den Beginn des Strafvollzugs nicht ohne Strafaufschubsgründe zu verzögern, Unzulässigkeit einer Strafunterbrechung ohne Zustimmung des Verurteilten).

Anderes wird dem Verordnungswege zu überlassen sein: Notwendige Einrichtungsgegenstände, Einrichtung eines Unterrichts für bestimmte Verbrecher, Kost.

Die Anhänger einer Vergeltungsstrafe haben von jeher[1]) die Forderung nach Proporzionalität von Verbrechen und Strafübel nach dem Maße der Schuld und dem Werte des Erfolges erhoben. Hinsichtlich der Strafart d. h. hinsichtlich der Art des als Strafe zu wählenden Übels kann die Vergeltungsstrafe weiten Spielraum lassen. Das Bestreben die Strafe für die Gesellschaft möglichst nützlich zu gestalten, kann sich innerhalb des von der gerechten Vergeltung bestimmten Maßes des Übels frei betätigen.

---

[1]) Vgl. z. B. Hälschner, Hdb. 1, 571 f. (1881), Köstlin, System des deutschen Strafr. 1857 § 124, Heffter, Lehrb. d. gem. deutsch. Strafr., 62. Aufl. 1857 S. 8, 80 f. Wächter, Beilagen zn den Vorlesungen 1877 S. 55. Mario de Mauro, Sul materialismo moderno 1883 S. 35. Mag auch die Begründung mancher dieser Schriften noch sehr verbesserungsbedürftig gewesen sein, sie zeigen doch zur Evidenz die Unrichtigkeit der Behauptung v. Liszts, Lehrb. 11. Aufl. § 16, V, daß die vergeltende Gerechtigkeit in erster Linie den Wert des verletzten Rechtsguts oder den Erfolg als Maßstab für die Vergeltung angenommen habe.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Strafe hat die Tätigkeit des Juristen hinter den sachverständigen Gutachten der Beamten der Strafanstalten [1]) und der Kriminalstatistiker zunächst zurückzutreten. Dagegen hat er sehr wesentlich mit darüber zu wachen, wie schwer die Übelsnatur einer bestimmten von den Anstaltsbeamten begutachteten Strafe ist, da er ja die Strafzumessung nach dem Princip der gerechten Vergeltung vornehmen soll.

Bei der Fülle der verschiedenen Maßregeln, welche zur Ausgestaltung der Strafe zu Gebote stehen, läßt es sich leicht ermöglichen, eine dreifache Unterscheidung der Strafarten nach ihrer Schwere durchzuführen, indem Zuchthaus schärfer geschieden würde vom Gefängnis und dieses schärfer von der Haft.

Innerhalb jeder Strafart können dann zwei verschiedene Klassen des Strafvollzugs gemacht worden, eine für die einer Besserungsstrafe zu Unterwerfenden und eine für die Anderen.

Das Strafübel soll in jeder der beiden Klassen annähernd gleich oder wenigstens nicht sehr verschieden sein. Die Einweisung bestimmter Verbrecher in die eine oder die andere Klasse kann zum Teil bereits das Gesetz vornehmen, indem es generell bestimmt, daß wegen bestimmter Verbrechen der Täter nicht in die Besserungsabteilung zu verbringen ist. Ein Verbrechen kann schwer sein, aber dennoch seiner Art nach derart beschaffen, daß man über die Besserungsmaßregeln generell entscheiden kann, z. B. gehören die sogenannten politischen Verbrecher, die Duellanten, Ehebrecher, Entführer, religiöse oder irreligiöse Fanatiker, Beleidiger, Verbrecher aus Fahrlässigkeit nicht in jene Abteilung. In anderen Fällen wird die Überweisung durch das Gericht auszusprechen sein.

Man könnte dem entgegenhalten, erst beim Strafvollzug zeige sich die wahre Natur des Verbrechers. Der Vollzugsbeamte müsse hierüber entscheiden.[2]) Allein bei Zuchthaus wird die Ausgestaltung der Strafe als Besserungstrafe diese wohl zu einem etwas leichteren Übel machen als die andere z. B. gegen lebenslängliche Verbrecher zu verhängende Zuchthausstrafe, umgekehrt wird bei den kürzeren Strafen (für Vergehen und Übertretungen) die Anwendung von Besserungsmaßregeln die Besserungsstrafe etwas härter erscheinen lassen als die Strafe von gleicher Dauer in der anderen Abteilung. Jedenfalls wird eine Strafe von gleicher Dauer nie völlig das gleiche

[1]) Die Polemik von Mittelstädt, Gegen die Freiheitsstrafe S. 48, gegen die sachverständige Autorität der Anstaltsbeamten ist jedenfalls für die Gegenwart unberechtigt.

[2]) So neuerdings wieder Aschaffenburg S. 228 f.

Strafübel darstellen, wenn sie in der einen oder anderen Abteilung verbüßt wird. Eine nachträgliche Verschärfung des vom Gerichte öffentlich ausgesprochenen Strafäquivalents durch Verweisungsmaßregeln des Verwaltungsbeamten zuzulassen, erscheint als grundverfehlt. Bei Bewertung einer Tat durch Strafzumessung ist ja nur die in der Tat zum Ausdruck gekommene Gesinnung zu würdigen, nicht auch, was sonst am Menschen zu bessern wäre. Hinsichtlich der Schuld (mit Einschluß der Motive des Verbrechers und seiner betätigten Gesinnung) soll das Strafverfahren das abschließende Werturteil fällen. Das Gericht kann sich hinsichtlich der Bewertung der Art der Tat des Gutachtens von Sachverständigen bedienen. Es darf auch wohl bei Bemessung der Strafdauer Rücksicht darauf genommen werden, daß die Abteilung, welcher der Verurteilte zuzuweisen ist, sich als das schwerere oder leichtere Übel darstellt.

Es wird aber als Errungenschaft des modernen Strafrechts festgehalten werden müssen, daß die Strafe nur in der öffentlichen, mündlichen, akkusatorischen Verhandlung, nur durch das Gericht, und nur in absolut bestimmtem Maximalmaße festgesetzt werde. Es wäre daher m. E. ein direkter Rückschritt. sie aus der Öffentlichkeit hinauszuverweisen, oder sie einer Kommission von Verwaltungsbeamten zu übertragen, oder auch nur einer solchen Kommission die Ermächtigung zu erteilen, die Strafdauer innerhalb einer gewissen Minimal- oder Maximalgrenze festzusetzen.[1] Als Ungerechtigkeit müßte man es empfinden, wenn mit Rücksicht auf das nachherige Verhalten des Täters beim Strafvollzug eine Verlängerung oder Erschwerung der im Urteil zugemessenen Strafe verfügt werden dürfte. Die nachträgliche Verminderung des Übels erscheint weniger ungerecht. Aber im Interesse der gleichen Behandlung gleich Schuldiger, der Vermeidung kaum zu durchschauender Verstellung und Heuchelei, und zur Fernhaltung eines besonderen Übels, des Damoklesschwertes nämlich, welches den Verbrecher bis zum letzten Augenblick von einer zur Verlängerung der Strafe befugten Kommission bezw. einem Einzelbeamten abhängig macht, ist es besser, wenn die Verkürzung der zugemessenen Strafe nur eine ausnahmsweise Maßregel bleibt, z. B. für Begnadigungsanlässe.

Selbstverständlich ist aber dem Ermessen des Anstaltsbeamten die Befugnis zu überlassen, mit Rücksicht auf eine Gefährdung der

---

[1]) Vgl. gegen dergleichen Vorschläge die Ausführungen von Wach, Reform der Freiheitsstrafe S. 40, 44, 55; Frank, Mitt. der Int. Krim.Ver. Bd. 6 S. 577. Weitere Litteratur bei Birkmeyer, Goltd. Arch. Bd. 48 S. 91.

körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Gefangenen diejenigen Modifikationen des Strafvollzugs eintreten zu lassen, welche mit der vom Gericht bestimmten Art und Abteilung der Strafe verträglich sind.

Von den heutigen deutschen Freiheitsstrafen (Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft) kann wohl eine als selbständige Strafart fallen, die Festungshaft.[1]) An ihrer Stelle wäre anzudrohen Gefängnis und Haft unter Ausschluß der Besserungsabteilung. Wo die Schwere des Verbrechens eine schwerere Sühne als zweijährige Freiheitsstrafe erheischt, wie bei schwereren politischen und Duellverbrechen, ist zu erwägen, ob nicht anstatt der sonst zu verhängenden Zuchthausstrafe Gefängnis von gleicher Dauer treten soll, sofern der Täter nicht in ehrloser Gesinnung gehandelt hat. Aber die Festungshaft als eine selbständige Strafart rechtfertigt sich nicht mehr. Bisher konnte man sich auch in guter Gesellschaft geradezu rühmen, in Festungshaft gewesen zu sein. Es bedeutet einen Fortschritt für den Ernst der Normübertretung, wenn diese Sonderstellung und dieser Pseudoruhm möglichst verschwindet.

Die Haft als selbständige Strafart ist beizubehalten; Maximum etwa 3 Monate.[2]) Sie empfiehlt sich gegenüber Polizeidelikten und anderen geringwertigen Delikten, bei letzteren nicht nur, sofern der Delinquent vermögenslos ist. Auch bei Delikten, deren Strafmaximum in die Gruppe der Vergehen gehört, mag sie für diejenigen Vergehensarten wahlweise zugelassen werden, bei welchen unter Umständen die einfache Einsperrung genügt; z. B. bei Beleidigungen (einschließlich der Beleidigung hochstehender Personen), bei Ehebruch, bei Fahrlässigkeitsvergehen. Die Verweisung in die Besserungsabteilung wäre bei der Haft, welche wegen Vergehens verhängt wird, auszuschließen.

Bei Zuchthaus und Gefängnis, letzteres beginnend etwa bei der mehr als zweimonatlichen Freiheitsstrafe, ist Arbeitszwang in beiden Abteilungen durchzuführen. In der Besserungsabteilung kann die Strafe, da sie lang genug verhängt wird, den Charakter der Erziehungsstrafe annehmen. Progressiver Strafvollzug mit der Möglich-

[1]) Dagegen van Calker, Gutachten S. 253. Sachlich dürften die im Texte gegebenen Vorschläge ein verwandtes Ergebnis befürworten wie dasjenige, zu dem van Calker mit der Verwendung der Festungshaft kommt.

[2]) Von der neuesten Litteratur wird teils für Beibehaltung von Zuchthaus und Gefängnis, aber Abschaffung der Haft (van Calker S. 250), teils für Beibehaltung von Gefängnis und Haft, aber Abschaffung des Zuchthauses (H. Seuffert S. 62) plaidiert. Sichart, Bl. f. Gefängnisk. Bd. 36 S. 54, will alle drei Arten beibehalten, aber in anderer Anwendung: Zuchthaus für Unverbesserliche; Gefängnis für Besserungsfähige (Haft für Übertretungen neben der regelmäßigen Geldstrafe).



keit der Zurückversetzung als Disziplinarstrafe, ist bei Zuchthaus und Gefängnis in beiden Abteilungen geeignet. Eine zeitliche Maximalgrenze der Einzelhaft (3 Jahre nach § 22 StGB.) empfiehlt sich nicht. Es gibt unter den schweren Verbrechern solche, die auch nach 3 Jahren noch ein ansteckendes Gift für Mitgefangene sind, während sie körperlich auch eine längere Einzelhaft vertragen können. An Stelle der zeitlichen Maximalgrenze empfiehlt sich aber, gesetzlich eine andere Grenze zu setzen: Die Einzelhaft ist zu unterbrechen, wenn von amtsärztlicher Seite die Erklärung abgegeben wird, es bestehe Gefahr, daß durch ihre Fortsetzung die körperliche oder geistige Gesundheit untergraben werde. Unmittelbare oder auch nur mittelbare Lebensgefahr braucht nicht zu bestehen.

Hinsichtlich der Art der Progression des Strafvollzugs, hinsichtlich der Arbeitszeit und der Erholungsart, der Kleidung, des Arbeitsverdienstes,[1]) der Arten der Disziplinarstrafe und des Beschwerdeverfahrens lassen sich praktische Unterschiede zwischen Zuchthaus und Gefängnis leicht durchführen, ebenso hinsichtlich der Zulassung von Außenarbeit zur Bodenkultur und hinsichtlich der Arbeitsart. Jedoch verdient auch bei Zuchthaus ein Gesichtspunkt Berücksichtigung. Im Interesse der materiellen Gleichheit des Strafübels, d. h. um zu verhüten, daß nicht aus formeller Gleichheit eine materielle Ungleichheit entsteht, ist der körperlichen Beschaffenheit und der bisherigen Lebenslage ein beschränkter Einfluß nicht auf die sonstige Behandlung, wohl aber auf die Arbeitsart zu verstatten. Personen, welche Handwerkerarbeit zu leisten nicht gewohnt waren oder sich nach Alter oder Gesundheit dazu nicht eignen, ist zwar ebenfalls ein ihrer Leistungsfähigkeit entsprechendes Arbeitspensum aufzuerlegen, aber es ist eine ihrem Bildungsgrade entsprechende Arbeitsgattung zu wählen, welche sie geistig und körperlich nicht schädigt. Schreiber, Beamte, Schriftsteller, Künstler können mit Schreiben, Übersetzen Sortieren u. dergl. beschäftigt werden, jedoch unter Ausschluß eigener Wahl. Eine Wahl kann ihnen nur insoweit zugestanden werden, als ihnen auch die Unterwerfung unter die Handwerkerarbeiten freistehen soll. Für das Gefängnis besteht dieser Zustand im wesentlichen bereits gegenwärtig, § 16 StGB.

Für den Besserungszweck, insbesondere für den Erziehungszweck, haben die heutigen kurzzeitigen Freiheitsstrafen[2]) im Vergleich

---

[1]) v. Liszt, Gefängnisarbeit S. 9 f., führt treffend aus, daß bei Regelung der Gefängnisarbeit der Regiebetrieb den Vorzug verdient vor dem Unternehmersystem.

[2]) Litteratur bei v. Liszt, Lehrb. § 15 II.

zu längeren Freiheitsstrafen einen geringeren Wert. Daraus folgt aber weder die Aufhebung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe, noch die Verlängerung der Freiheitsstrafe für solche, die dem Werte ihrer Tat nach nur ein kleines Strafübel verdient haben. Nur eines ist notwendig: eine zweckentsprechendere Ausgestaltung der Freiheitsstrafe. Man scheue hier die Kosten nicht, welche eine Durchführung der Einzelhaft beanspruchen wird. Man sorge aber insbesondere auch für Einzelhaft bereits in den Untersuchungsgefängnissen. Sie sind auch eine Pflanzschule der Verbrechen. Die Einzelhaft als Strafhaft wird schon manches bessern, namentlich wenn sie mit anderen Maßregeln verbunden wird. Ein mäßiger Beschäftigungszwang ist in beiden Abteilungen durchführbar nach dem Maßstab der Lebens- und Bildungsverhältnisse. Gebildeten, welche zeigen, daß sie geistig wirklich zu arbeiten vermögen, wird man sogar geistige Arbeit in ihrem Beruf gestatten können, soweit sie ohne besondere Veranstaltung in ihrer Zelle möglich ist. Neben der Freiheitsentziehung wirkt die vollkommene Isolierung und die einfache Kost und der Zwang als Strafe. — In der Besserungsabteilung wird die Besserung durch Erziehung (Unterricht etc.) nur eine untergeordnete Rolle spielen. Doch läßt sich einfache Taglöhnerarbeit schnell erlernen. Die Besserung wird aber doch dadurch erzielt werden können (soweit die Schuld bei geringen Delikten sie rechtfertigt), daß man die Übelsnatur der Freiheitsentziehung durch eingelegte Fasttage (bei Wasser und Brot), harte Lagerstätte, Einzelhaft und erhöhten Arbeitszwang verschärft. Nur bei gesundheitlichen Rücksichten wäre von diesen Maßregeln eine Ausnahme zu machen.

Mag die Strafe nun in der einen oder anderen Abteilung zu verbüßen sein, auf jeden Fall können verschiedene Delikte unter Umständen begangen sein, welche eine längere Freiheitsstrafe als zu harte Vergeltung erscheinen lassen, z. B. fahrlässige Delikte, unlauterer Wettbewerb, Urheberrechtsverletzungen, Hausfriedensbruch, leichte Körperverletzungen, Beleidigungen, Widerstand, auch kleine Diebstähle, leichte Fälle von Bettel, Landstreicherei, leichtere Verletzungen der geschlechtlichen Sittlichkeit.

Gegen die an Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafen vorgeschlagenen Maßregeln: Zwangsarbeit ohne Einsperrung, Ehrenstrafen, Wirtshausverbot, Hausarrest, Prügelstrafe,[1]) lassen sich m. E. sämtlich

---

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. § 15 II 1. — In England existiert allerdings die Prügelstrafe noch. Im Jahre 1900 wurde sie an 3260 Personen vollzogen (nach Kenny S. 485 N. 2).

so erhebliche Bedenken geltend machen, daß ihre Durchführung kaum zu erwarten ist. Die Konfinierung auf einen bestimmten Ort oder Raum verspräche noch am ehesten Erfolg. Aber dagegen spricht der in mehrfacher Hinsicht bedenkliche Kontrollapparat, welcher dazu erforderlich wäre, ferner die qualitativ hoch verschiedene Art des Übels je nach der Person des Betroffenen und ihrer Wohnung. In großen Städten wäre auch das Wirtshausverbot, abgesehen von der Kontrollschwierigkeit, äußerst unpraktisch.[1])

Die Maximaldauer der zeitlichen Freiheitsstrafe (gegenwärtig 15 Jahre) ist auf 20 Jahre zu erhöhen, unter anderem auch um deswillen, weil diese Strafdauer einen geringeren Sprung zu der nächsthöheren Strafe der lebenslänglichen Freiheitsstrafe bedeutet.[2])

Besondere Sorgfalt ist den für Jugendliche aufzustellenden Freiheitsstrafen zu widmen. Die Kriminalstatistik des Deutschen Reichs lehrt, daß die gegenwärtigen Strafen ihre normale Wirksamkeit nicht erreichen.[3]) Ohne den Vergeltungscharakter damit abzustreifen, kann man die Strafen für Jugendliche wirksamer gestalten. Die Zunahme der Kriminalität der Jugendlichen ist übrigens auch ein Moment für die Frage, ob man nicht die Bedeutung ihrer Tat bisher etwas zu niedrig eingeschätzt hat. Von je 100000 Personen der jugendlichen Zivilbevölkerung wurden wegen Verbrechens oder Vergehens gegen die Reichsgesetze verurteilt im Jahre 1882 568, im Jahre 1889 614, im Jahre 1896 702. Die Zahl der Verurteilungen von Jugendlichen, die bereits vorbestraft waren, betrug im Jahre 1889 5590, im Jahre 1900 dagegen 9011.[4]) Von den 48657 Verurteilungen Jugendlicher entfielen auf Diebstahl 25822.[5]) (Zu den Jugendlichen sind gerechnet die Personen, welche bei der Begehung 12 Jahre, aber noch nicht 18 Jahre alt sind.)

Zunächst muß künftighin auf strikte Durchführung der bisher lax gehandhabten Bestimmung des § 57 II StGB. gesehen werden, daß die jugendlichen Sträflinge von anderen Sträflingen getrennt zu halten

---

[1]) Gegen die Prügelstrafe vgl. die kurzen und treffenden Bemerkungen von H. Seuffert a. a. O. S. 57.

[2]) Von neueren Strafgesetzbüchern kennen Holland (Art. 10) 20jährige, New-York (z. B. § 192) 20jährige, Dänemark (§ 63) 24jährige, Italien (Art. 68, 81) 30jährige Freiheitsstrafe.

[3]) Vgl. auch Hoegel, die Straffälligkeit der Jugendlichen, Arch. f. Kriminal-anthropologie Bd. 10 S. 1—69.

[4]) Hoegel a. a. O. S. 44, 64 konstatiert, daß auch in Italien ein Anwachsen zu verzeichnen ist, aber ein geringeres.

[5]) Vgl. Statistik d. Deutsch. R. Neue Folge Bd. 139 (1902) I 39 f.

sind. Kurzzeitige Freiheitsstrafen sind in Einzelhaft zu verbüßen. Intensive Beschäftigung mit instruktiven, praktisch nützlichen Arbeiten. Ausschluß aller die Phantasie reizenden Lektüre während der Erholung. Am ersten Tag Wasser und Brot. — Bei längeren Freiheitsstrafen ist ein progressiver Strafvollzug durchzuführen. Die Einzelhaft kann wegen des Unterrichtszwecks nur ganz kurz angewandt werden. Aber um die Strafe eindrucksvoll beginnen zu lassen, ist Verbüßung des ersten Tags in der Dunkelzelle vielleicht keine zu scharfe Maßregel. Alsdann folge etwa eine kurze Periode der Isolierung bei Nacht auf harter Lagerstätte. Späterhin strenge Überwachung auch während der Erholungszeit, da die Gefahr gegenseitiger Ansteckung bei Jugendlichen besonders nahe liegt. Disziplinarstrafe sei harte Lagerstätte, Wasser und Brot, in schweren Fällen verschärft durch die Dunkelzelle.[1]) Körperliche Züchtigung sollte gegenüber den doch schon über 12jährigen Jugendlichen nur im äußersten Falle noch zulässig sein, da sie bei Anwendung außerhalb der Familie immer bedenklicher ist und die anderen Maßregeln in der Regel ausreichen.

3. Ebenso wie bei der Freiheitsstrafe ergibt sich bei der Geldstrafe das Bedürfnis nach einer Neugestaltung.[2])

Da die Strafe nicht nur ein Übel sein soll, welches gleichen Wert hat, sondern auch ein Übel, welches möglichst gleichmäßige Unlustgefühle weckt, macht sich bei der Geldstrafe der Unterschied zwischen reich und arm besonders fühlbar. Der Millionär verspürt 20 Mark bedeutend weniger als die arme Witwe. Ja nicht einmal die Abstufung der Geldstrafe nach Quoten des Vermögens (oder Einkommens) erreicht den letzteren Zweck. Wer 100 000 Mark Einkünfte bezieht, wird in seinen Lebensverhältnissen durch einen Abzug von 2 % weniger beeinträchtigt als derjenige, welcher nur 1000 Mark zu verzehren hat, durch die Zahlung von 20 Mark. Gleichwohl wäre die Abstufung der Geldstrafe in einfachem oder steigendem Verhältnis zum Vermögen oder den Einkünften eine Unbilligkeit. Bei der Geldstrafe liegen die Verhältnisse anders als bei den Steuern. Es handelt sich nicht um Beiträge, welche nach der Leistungsfähigkeit und dem Maß der geschützten Güter zu entrichten sind. Das Geld, welches der Staat als Äquivalent empfängt, hat nicht etwa verschiedenen

[1]) Über die starke Wirkung dieser Strafe auch gegenüber Erwachsenen vgl. H. Seuffert S. 58.

[2]) Von 469 819 Verurteilten des Jahres 1900 (scil. wegen Verbrechens oder Vergehens) wurden primär zu Geldstrafe verurteilt 194 523.

Wert, je nachdem es aus der Tasche des Vermögenden oder Unvermögenden fließt. Namentlich bei den unbedeutenden Rechtsgüterverletzungen hat die Strafe mehr den Charakter eines Äquivalents für die Größe der verursachten Ordnungswidrigkeit. Diese Ordnungswidrigkeit nimmt je nach Gesinnung und Erfolg hier mehr den Charakter einer objektiv bestimmten Größe an, weil die Rechtsgüterverletzung sonst vielfach durch ihre Kleinheit mit der Geldsumme, die der Staat empfängt, in schroffsten Widerspruch treten müßte, zumal da bei den kleinsten Delikten oft nicht einmal zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden wird. Die Schuld hat hier bei der Bestimmung der Strafgröße einen relativ geringeren, der Erfolg einen relativ größeren Einfluß. Es würde allgemein als Unbilligkeit empfunden werden, wenn von 2 übermütigen Burschen, die zusammen nachts ein Lied auf der Straße laut gesungen haben oder eine 10 Mark werte Sache beschädigt haben, der eine 3 Mark, der andere, weil er sehr vermögend ist, 300 oder 3000 Mark zahlen müßte; oder wenn von 2 Personen, die einander mit gleich giftigen Schimpfworten belegt haben, der eine 10, der andere 1000 Mark auferlegt bekäme.

Aber auch bei den schwereren Delikten kann der Umstand nicht außer Betracht bleiben, daß das Geld ein objektiver Wertmesser ist, der nicht je nach der Person des Besitzers zum Chamäleon wird. Es würde teils zur weitesten Publizität aller Vermögen und den Schattenseiten dieser Publizität im Erwerbs- und Privatleben führen, wenn die Geldstrafe quotitativ oder progressiv abgestuft würde zu den direkten Steuern. Teils würde es zu sehr bedenklichen Verwechselungen hinsichtlich der vom Bestraften erlittenen Strafgröße führen. Wer als reicher Mann 5000 M. Geldstrafe bekam, an dem bleibt diese Geldstrafe zeitlebens hängen, auch wenn er ärmer wird. Man wird dann von ihm entweder vermuten, er habe eine sehr schwere Tat begangen und die Türen vor ihm schließen, oder aber man wird ihn noch für reich halten. Umgekehrt steht es mit dem Unvermögenden, der die gleiche Geldstrafe erhalten hat und nachher zu Vermögen kam. Die Strafliste ist in solchen Fällen durch eine Vermögensliste aus Vergangenheit und Gegenwart zu ergänzen. Um den Kredit nicht zu gefährden wird vielleicht mancher sein Vermögen höher angeben; umgekehrt kann jemand durch Verheimlichung seines Vermögens bewirken, daß die Liste seiner Vorstrafen hinsichtlich der Vorstrafe für ein Vordelikt harmlos aussieht.

Was ist die Konsequenz aus diesen entgegengesetzten Erwägungen? Einerseits wird die Geldstrafe, da die Strafe ein möglichst gleichmäßig empfundenes Übel sein soll, nicht gleich bleiben dürfen ohne Rücksicht auf die Höhe des Vermögens. Andrerseits ist zu beachten, daß alle Strafen für gleich zu wertende Taten auch gleich hohen allgemeinen Wert haben sollen. Ein gelähmter oder phlegmatischer Mensch, der für die Freiheit wenig Interesse hat, darf ja auch nicht um deswillen 10 oder 100 Mal so lang eingesperrt werden, weil er die Freiheit weniger als Gut empfindet, wie der lebensvolle Jüngling. Es ist ferner zu beachten, daß das Geld gleichen Wert besitzt in den Augen der Gesellschaft und sie daher durch die verschieden hohe Auferlegung einer Zahlung mit diesem allgemeinen Tauschmittel eine verschieden hohe Strafleistung auferlegt und erwirbt. Es wird daher ein Mittelweg zu suchen sein zwischen der Forderung, daß die Gesellschaft nur gleichmäßige Äquivalente für gleiche Taten erhalte und nicht willkürlich nach dem unsicheren Strafempfinden abstufe und der anderen Forderung, daß das Strafübel auch auf jedem einzelnen Individuum möglichst gleich schwer laste. Bei den kleinen Delikten, bei welchen die Strafe mehr den Charakter eines bestimmten Äquivalents hat, wird die Geldstrafe mehr den Charakter einer bestimmten allgemein gültigen Taxe annehmen. Bei schwereren Delikten dagegen, bei denen wegen der schwereren Schuld ein stärkerer Nachdruck darauf gelegt werden muß, daß das Übel auf gleiche Täter gleich schwer wirke als darauf, daß sein allgemeiner Wert gleichmäßig bemessen werde, hat sich die Geldstrafe mehr den Vermögensverhältnissen anzupassen. Mit Rücksicht auf das Erwerbsleben, die Familie und die sonstigen Angehörigen, welche besonders durch die Geldstrafe in unmittelbare Mitleidenschaft gezogen werden, sowie im Hinblick auf die ungünstigen Nebenwirkungen der quotitativen Geldstrafe würde jedoch, wenigstens vorläufig, die rein quotitative Geldstrafe auch für schwere Delikte eine von der Allgemeinheit stark empfundene Ungerechtigkeit bedeuten.

So mag die Geldstrafe bei Übertretungen (je nach den Vermögensverhältnissen) etwa bis höchstens zum zweifachen eines Simplums steigen, bei Vergehen bis zum dreifachen, bei Verbrechen bis zum vierfachen desselben. Die Maßregel wäre etwa bei der richterlichen Strafzumessung vorzusehen. Sie soll ohne rentamtliche Hülfe dem Gerichte aufgegeben werden, das etwa anzuweisen wäre, die unter Berücksichtigung der Schuld und des Erfolges innerhalb

des dafür gegebenen Strafrahmens festgesetzte Geldstrafe bis auf das betr. Vielfache zu erhöhen, wenn zu erwarten steht, daß der von der festgesetzten Geldstrafe durchschnittlich zu erwartende Eindruck beim Täter wegen seiner Vermögensverhältnisse nicht erreicht würde. In entsprechendem Maße kann dann auch mit Rücksicht auf die ungünstigen Vermögensverhältnisse die Geldstrafe herabgemindert werden. Insoweit der Täter auch zu ihr nicht zahlungsfähig ist, versagt die Geldstrafe als Eindrucksmittel und es tritt Freiheitsstrafe[1]) als Ersatz ein.

Im Hinblick auf die Ungleichheit, welche entsteht, wenn größere Freiheitsstrafen, bei Vermögenden durch Geldzahlungen beglichen würden, sowie auf die Unzulänglichkeit des Geldes zur Ausgleichung schwerer Schuld kann auch für den Reichsten die Geldstrafe nicht das alleinige Strafmittel bilden. Geldstrafe ist als Hauptstrafe (als primäre Strafe) geeignet für zahlreiche Vergehen und Übertretungen, bei denen nicht die Beschaffenheit der Vermögensverhältnisse (Bettel, Landstreicherei, Arbeitsscheu) oder der schärfer zu beeinflussenden Willensrichtung eine Freiheitsstrafe nötig macht. Auszuschließen von der Geldstrafe als Hauptstrafe sind Delikte gegen die geschlechtliche Sittlichkeit, mag auch die dafür festzusetzende Freiheitsstrafe ganz gringfügig bleiben. Dagegen kann die Geldstrafe eine viel weiter gehende Bedeutung als bisher in der Gestalt einer Nebenstrafe (d. h. neben einer Freiheitsstrafe) gewinnen. Da der Talionsgedanke abzulehnen ist, kann sie zur Zusatzstrafe für die Mehrzahl[2]) der Delikte werden, ohne Rücksicht darauf ob der Täter mit seiner Handlung in fremdes Vermögen eingreifen wollte. Durch die beschränkte Rücksichtnahme auf das Vermögen und durch ihre Ausdehnung auf andere als Vermögensdelikte (im weiteren Sinne) kann mit der Geldstrafe noch wesentlich erhöhter Nutzen für die Bekämpfung des Verbrechen erzielt werden.

4. Dem Verweis als Hauptstrafe und Nebenstrafe kann ein weites Anwendungsgebiet nicht eingeräumt werden. Aber eine Er-

---

[1]) H. Seuffert S. 77 empfiehlt zunächt als Mittelglied bei Uneintreibbarkeit das Abverdienenlassen durch freie Arbeitsleistung. Allein abgesehen davon, daß die Arbeit äußerst schwer nach Berufständen passend aufzuerlegen ist (Kunstmaler, Schriftsteller), sie ist auch sehr schwer gleichmäßig in den verschiedenen Berufen zuzumessen; sie ist endlich in vielen Fällen eine vertretbare Leistung. Der Vater könnte die ganze Strafarbeit seinem unschuldigen Sohne aufhalsen.

[2]) Für alle Delikte will sie als fakultative Zusatzstrafe einführen ein Beschluß der Int. Krim.Ver. in Christiania unter I (Mitteil. III 236 f.). Sie paßt aber z. B. nicht bei Raub, Gotteslästerung, Bigamie, Bettel.

weiterung über seine bisherige Verwendung (nämlich für besonders leichte Fälle von Vergehen und Übertretungen von Jugendlichen § 57 Z. 4) ist doch möglich.[1]) Wird ein ernster Strafvollzug geregelt, so vermag er in beschränkten Grenzen Nutzen zu bringen. Sein Gebiet wären geringfügige Delikte, soferne im Einzelfall nach der bei Begehung betätigten Gesinnung und nach dem Vorleben der Person von dieser Strafe genügender Eindruck erwartet werden kann. Bei Delikten, welche irgend welchem Fanatismus entspringen, ferner bei solchen Beleidigungen, welche aus tiefeingewurzeltem Hasse herrühren, ist er in der Regel nutzlos.

5. Viel erörtert wurde in den letzten Jahren die Frage der bedingten Begnadigung und bedingten Verurteilung.[2]) Man hat überwiegenden Nutzen damit erzielt, daß man Gelegenheitsverbrecher bei ihrer Erstlingstat mit Strafe verschonte, indem man sie für eine je nach der Art des Verbrechens verschiedene Zeit auf Probe stellte und im Falle bestandener Probezeit die Strafe ihnen erließ.

Das Prinzip der gerechten Vergeltung verlangt kategorisch, daß jemand nicht über das Maß dessen, was er beging, ein Übel erleide, daß er nicht etwa ohne Rücksicht auf die Bewertung der Tat wegen der Möglichkeit eines Rückfalls oder wegen ausgebliebener Besserung noch länger in Strafe behalten werde. Es verlangt aber nicht ebenso notwendig, daß die Strafe das Maß der gerechten Vergeltung auch erreichen müsse. Die menschliche Gesellschaft darf zweifellos auf den regelmäßigen Nutzen, den die Vergeltungsstrafe ihr bringt, verzichten, wenn sie von dem Verzicht einen höheren Gewinn zu erwarten hat. Dabei fällt aber auch mancher Nachteil in die Wagschale, der den Nichtvollzug sehr überlegt sein lassen will. Die Gerechtigkeit verlangt nach Gleichheit derer, die in gleicher Schuld sind und nach relativ gleich abgestufter Behandlung derer, die mehr begangen haben im Verhältnis zu denen, die weniger begingen. Sie kann aber darüber hinwegsehen im Hinblick darauf, daß der einzelne Verbrecher kein subjektives Recht auf die

---

[1]) Vgl. Rich. Schmidt S. 289.

[2]) Vgl. die Literaturangaben bei Binding, Grundr. d. Strafr. (6. Aufl.) S. 269; Birkmeyer in Goltd. Arch. Bd. 48 S. 93; v. Liszt, Lehrb. § 15 N. 3. Der Beweisführung von H. Seuffert S. 73, daß die bedingte Begnadigung sich „glänzend“ bewährt hat, wenn mehr als 25 % Rückfall in wenigen Jahren entdeckt wurde, könnte man nur dann beitreten, wenn die „Unnötigkeit“, die Strafe zu vollziehen, allein als Zweck in Betracht käme. Der Nachteil, daß 25 % neu delinquiert haben, daß eine Ungleichheit zwischen gleich Schuldigen eintritt, daß das Genugtuungsbedürfnis vieler unbefriedigt blieb, muß dann außer Betracht bleiben.

entsprechende Behandlung Anderer hat. Nur bei schwereren Ungleichheiten (Straflosigkeit auch relativ bedeutender Erstlingstaten) wird die Ungleichheit eine empfindliche und die Forderung der Gerechtigkeit überwiegt die etwaige Nützlichkeit. Je schwerer die Delikte, denen gegenüber die Strafe aufgeschoben werden kann, desto problematischer wird das Überwiegende auch der Nützlichkeit, desto größer das nicht befriedigte Genugtuungsbedürfnis des verletzten Einzelnen, desto größer auch die in der vorläufigen Freilassung liegende Gefahr. Die Statistiken geben insbesondere die Zahl der nicht entdeckten Rückfälle nicht an. Zu den Gründen, welche gegen die Annahme sprechen, daß die bedingte Begnadigung besonders segensreiche Wirkungen hat, gehört auch die Tatsache, daß man gar nicht weiß, wie viele von vornherein gar nicht gesonnen waren, die Tat nochmals zu begehen. Selbstverständlich nehmen sie an der Straffreiheit gleichfalls Teil und bewahrheiten das Wort „Einmal ist kein Mal" mit ihrer Tat. Die anzuerkennenden Vorteile der Einrichtung bestehen darin, daß ein sehr bescheidener Prozentsatz von kleinen Gelegenheitsverbrechern vor der Ansteckungsgefahr behütet wird, welche der heutige Vollzug der Freiheitsstrafe für unverdorbene Erstlingsverbrecher noch vielfach in sich birgt, daß ferner das berechtigte Bedürfnis nach größerer Selbstbeschränkung des Staates im Strafen[1]) ein wenn auch ungeregeltes Ventil findet. Die Probezeit kann übrigens auch dahin führen, die Wiederbegehung künftig raffinierter und vorsichtiger vorzunehmen oder sie bis nach Ablauf der Probezeit aufzuschieben.[2]) Zu Gunsten der ernstlich Reuigen ist die bedingte Begnadigung bei kleinen Delikten trotz der Gefahr, daß auch Spreu unter den Weizen kommt, immerhin aufrecht zu erhalten.

Dringend zu wünschen ist aber, daß die Maßregel nicht die Gestalt der bedingten Verurteilung annehme. Formeller Ausspruch seines Unrechts und soziale Mißbilligung durch den Mund des verurteilenden Gerichts sollen dem Täter nicht erspart bleiben.[3]) Dies

[1]) Z. B. bezüglich des kleinen Gelegenheitsdiebstahls, dessen Strafen v. Bülow, Festgabe d. deutsch. Juristenztg. f. d. 26. Juristentag S. 19, mit Recht als zu drakonisch bezeichnet.

[2]) Vgl. auch Hintrager, Amerikan. Gefängnis- und Strafenwesen S. 66: Trotz einer in der Regel nur 5wöchentlichen bis 6monatlichen Probationszeit konnten von 1161 auf Probe Gestellten eines Berichtsjahres in Boston nur 519 aus der Probe entlassen werden.

[3]) In England begnügt sich das Gericht mit Feststellung einer Schuld. Vgl. Ignatius, Zeitschr. f. Strafr. W. 21, 771 f.

kann nur nützlich wirken. Aber damit nicht genug. Auch wenn man die bedingte Verurteilung ihres Wortsinns entkleidet und sie auch in denjenigen Fällen als vorliegend ansieht, in welchen das Gericht die Verurteilung unbedingt ausspricht, aber den Vollzug derselben aussetzt, ist dieses System immer noch unbefriedigend. Denn wie Binding[1]) treffend bemerkt, das Gericht bricht damit seinem Tenor das Rückgrat. Richtiger ist es, diesen Akt des Verzichts auf den Strafanspruch demjenigen zu übertragen, der die Realisierung des Strafanspruchs zu besorgen hat, also der Justizverwaltungsbehörde.[2]) Die Voraussetzungen des Eintritts und die Bewährungsfrist sind der gesetzlichen Regelung fähig. Als Justizverwaltungsbehörde kann auch ein Gericht fungieren, aber nicht in dem formellen akkusatorischen Verfahren, wo möglich auch nicht in der gleichen Besetzung wie derjenigen, in welcher das Urteil gesprochen wurde. Denn sonst kommt man zu einer Verquickung der gerechten und verdienten Bestrafung mit den Gesichtspunkten der präventiven Kriminalpolitik. Diese beiden Elemente fordern eine teilweise ganz verschiedene Methode. Der das Recht sprechende Richter hat den Fall anzuschauen, der über die Probezeit Befindende untersucht den Verurteilten nach seinem gegenwärtigen Charakter, seiner Arbeitsgelegenheit u. s. w. Diese Untersuchung ist z. T. Ballast für den Strafprozeß.

Die bedingte Begnadigung ist nicht zu beschränken auf jugendliche Personen oder nur auf Fälle der Freiheitsstrafe, wohl aber auf leichte Delikte (Maximum der verwirkten Strafe etwa 3 Monate) und auf Verbrecher, die weder das gleiche noch ein gleiche Gesinnung bekundendes Delikt früher begangen haben.[3]) Sie ist abhängig zu machen von den Lebensverhältnissen des Verurteilten (z. B. davon ob er Arbeit hat, ob Kontrolle möglich ist). Die bedingte Begnadigung verliert ihren Rechtfertigungsgrund, wenn die Bewährungsfrist zu kurz ist (etwa unter 6 Monaten). Sie verliert ihren erziehenden Zweck, wenn sie länger als 2—5 Jahre (je nach Art des Delikts) auf Probe stellt.[4]) Sachlich ist sie zu beschränken auf Deliktsfälle, bei welchen an sich die Gefahr einer Rückfälligkeit trotz der ausgesprochenen geringfügigen Strafe nahe liegt z. B. bei Forst- und Felddiebstählen, kleinen Betrügereien, auch leichten aus

[1]) Grundr. S. 269; gl. M. auch Allfeld, der bedingte Straferlaß, 1901 S. 195.

[2]) Über ausländische Verhältnisse vgl. Dix, die Jugendlichen etc., 1902 S. 16 f.

[3]) Ähnlich Allfeld, der bedingte Straferlaß S. 201.

[4]) Über die gegenwärtigen Fristen (z. B. 2 Jahre für Preußen, 1—5 Jahre für Bayern) vgl. Allfeld S. 207.

einem besonderen Haß entsprungenen Beleidigungs- und Körperverletzungsfällen.[1]) Bei Personen, für die notorisch nach der Sachlage Rückfallsgefahr nicht vorliegt, entsteht dann eine grobe Ungleichheit. Da aber die bedingte Begnadigung ein unrichtiges Institut wäre, wird man für diese Fälle zur Verurteilung auf Verweis als Surrogat kommen müssen.

6. Der Wiedereinführung der Prügelstrafe kann schlechterdings nicht das Wort geredet werden. Es ist schon oft ihr schädlicher Einfluß nachgewiesen worden. Sie wirkt demoralisierend, ungleichmäßig, entwürdigend für den Prügelmeister, wie den Sträfling, sie hat mit der Todesstrafe den besonders hohen Grad von Irreparabilität gemein, während sie sich von ihr durch ihre Entbehrlichkeit wesentlich unterscheidet. Auch als Disziplinarmittel gegen erwachsene Sträflinge ist sie unbedingt zu verwerfen.[2]) Bekanntlich besteht sie als solches noch in einigen Bundesstaaten z. B. in Preußen, Mecklenburg. Sie ist zu verwerfen, nicht etwa aus irregeleiteter Humanität, sondern wegen ihrer leicht schädlichen Folgen (Furcht ohne Besserung, Empörung, Verrohung, Verzweiflung). Meist ist die Körperstrafe, auch bei Jugendlichen, wo sie bei ihnen außer der Familie vorkommt, eine Bankrotterklärung dessen, der berufen ist, tiefer in das Verständnis einer menschlichen Psyche einzudringen, um sie zu leiten, statt sie von sich abzustoßen.

7. Die bei manchen schwereren Delikten nach Verbüßung der Hauptstrafe eintretende Polizeiaufsicht hat den Mißstand aufgedeckt, daß zu vieles Beobachten das Fortkommen des Entlassenen erschwert und ihn so indirekt wieder auf die Bahn des Verbrechens zurückdrängt. Die Polizeiaufsicht kann diskreter gehandhabt werden. Die Kontrolle soll auch anderen Personen z. B. den Vorständen des Vereins für entlassene Sträflinge, Arbeitsämtern übertragen werden können, welchen periodisch Nachweis über die Beschäftigung zu liefern wäre. Sie könnten auch zu amtlichen Erkundigungen über Aufenthalt und Beschäftigung ermächtigt werden.[3])

---

[1]) Als Folge des Bestehens der Bewährungsfrist kann man auch den Nichteintrag der Verurteilung in die Strafliste aufnehmen, wie denn überhaupt das öffentliche Verlesen von Übertretungen aus alter Zeit in einem späteren Verfahren sehr bedenklich erscheint.

[2]) Zustimmend auch die Anstaltsbeamten, z. B. neuerdings wieder Aschaffenburg S. 313.

[3]) Vgl. van Calker, Gutachten S. 255, H. Seuffert S. 68, Sichart, Zeitschr. f. d. ges. Strafr.W. Bd. 21 S. 179 f.

V. Die Frage der Anwendbarkeit der deutschen Strafgesetze auf die im Ausland begangenen strafbaren Handlungen (internationales Strafrecht) wird nach dem Schutzprinzip auszugestalten sein, das im geltenden Rechte noch nicht vollständig zur Anerkennung gelangt ist.[1]) Nach diesem Prinzip sind strafbar alle gegen deutsche Rechtsgüter auch im Auslande begangenen Handlungen.[2]) Das deutsche Recht kann dabei, wie bisher für bestimmte Ausnahmefälle seine Interessen mit den Interessen eines unmittelbar verletzten ausländischen Rechtsguts (z. B. Münzfälscherei an ausländischen Münzen) für solidarisch erklären.

Im Hinblick auf den heutzutage beizubehaltenden Grundsatz, daß Deutsche an das Ausland nicht ausgeliefert werden (§ 9 StGB.) ergibt sich nach wie vor eine Modifikation des Schutzprinzips zu Gunsten des Personalprinzips. Für den Deutschen, der im Auslande ausländische Rechtsgüter verletzt z. B. Widerstand gegen die Staatsgewalt, sind wir in Deutschland in manchen Fällen verantwortlich, d. h. wir müssen ihn auch in solchen Fällen strafen können. Der § 4 Z. 3, welcher dies vorsieht, ist also beizubehalten. Aber für alle Fälle, in welchen es sich nicht gleichzeitig um inländische Rechtsgüterverletzung handelt, bedarf es des bisher fehlenden Satzes, daß das deutsche Recht anzuwenden ist, soweit nicht das ausländische Recht milder wirkt.[3]) Wir werden damit nicht Knechte des Auslandes werden und Strafen verhängen, die der deutschen Beurteilung einer analogen Tat im Inlande zu hart erscheinen.

Will man alle im Inlande befindlichen Güter schützen, andrerseits Deutsche nicht ausliefern,[4]) so ist es nur folgerichtig, wenn man als Handlungsort erklärt sowohl den Ort der Tätigkeit als auch den Ort, wo ein zum Tatbestand gehöriger, verletzender Erfolg eintrat, der vom Täter vorgestellt war. Schulbeispiele: Schuß über die Grenze auf einen im Inland Befindlichen; Beleidigung eines Ausländers mittels eines ins Ausland gesandten Briefes.

VI. Weittragende Probleme ergeben sich bei der Neuredaktion des Strafgesetzbuchs hinsichtlich der Zurechnung zur Schuld.

---

[1]) Wird ein Deutscher in Marokko von einem Ausländer ermordet, so können wir nach geltendem Recht den nach Deutschland kommenden Mörder nur ausweisen.

[2]) Vgl. darüber die glänzenden Ausführungen v. Binding, Handb. I S. 386 f.

[3]) Der § 4 Ziff. 3 Abs. II behandelt diesen Fall bekanntlich nicht, sondern nur einen Fall des Wechsels der Staatsangehörigkeit nach Begehung der Handlung. Auch H. Seuffert S. 83 berücksichtigt in seinen sehr bemerkenswerten Vorschlägen zum internationalen Strafrecht die Notwendigkeit dieses Satzes nicht.

[4]) Für Auslieferung: v. Liszt, Völkerr. 2. Aufl. S. 245; Ullmann, Völkerr. S. 280. Dagegen: Gareis, Institutionen des Völkerr. 2. Aufl. S. 199.

1. Man wird sich der Tatsache nicht verschließen dürfen, daß bei der Zurechnung noch andere Strafmilderungsgründe zu berücksichtigen sind als bisher. Verfehlt wäre es, dieselben in einen unklaren allgemeinen Begriff zusammenzufassen; namentlich wenn man nicht einmal sicher bestimmen zu können glaubt, was Zurechnungsfähigkeit ist, ist es potenzierte Unsicherheit (die dann zu Willkür und lokalen Ungleichheiten führt), wenn man etwa eine verminderte Zurechnung einfügt. Direkt unrichtig aber ist für diesen die Bezeichnung verminderte Zurechnungsfähigkeit.

Bis zum Ermüden deutlich ist der Nachweis geführt, daß jemand entweder fähig ist, daß man ihm eine Tat zurechnen kann oder daß er dessen nicht fähig ist.[1]) Ein Drittes ist unmöglich. Er kann nicht etwa halbfähig sein, daß man ihn für eine Tat verantwortlich macht; wohl aber kann auf Grund bejahter Fähigkeit der Anrechnung diese Anrechnung eine halbe sein. Man braucht ihm die Tat nicht voll zurechnen, man kann ihn auch teilweise verantwortlich machen. Aber dies betrifft nicht mehr die Zurechnungsfähigkeit, sondern die Zurechnung oder Zurechenbarkeit.

Man kann die Fälle der geminderten Zurechnung, um deren Neueinführung es sich gegenwärtig handelt, mit Kahl,[2]) als geistige Minderwertigkeit zusammenfassen. Diese ist der Inbegriff der Schuldmilderungsgründe, welche auf einem abnormen psychischen Zustand beruhen. Für den Gesetzgeber empfiehlt es sich, um spätere Unklarheiten bei der Auslegung durch Richter, Staatsanwalt oder Verteidiger zu verhüten, diese Fälle soweit als möglich einzeln aufzuzählen, in welchen man generelle Schuldmilderung anzunehmen sich entschließt. Es soll also nicht eine weitere Form von mildernden Umständen unbestimmter Art heraufbeschworen werden, die gewissenloser Ausbeutung im Gerichtssaal und der Willkür die Schranken öffnet. Wenn Epilepsie, Hysterie, Morphinismus, Alkoholismus, durch hohes Alter getrübte Intelligenz[3]) „und ähnliche Fälle"[4]) auf den Täter während der Tat eingewirkt haben, dann verdient

[1]) Vgl. z. B. Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage S. 178; Kahl'sches Referat zum 26. Juristentag zu III 2; Beling, Grundriß S. 49 (2. Auflage).

[2]) Referat zum 26. Juristentag zu III 2.

[3]) Vgl. schon das bayer. StGB. v. 1751 Teil 1 cap. 16, ferner Binding, Grundr. (6. Aufl.) S. 228, Geyer I 174.

[4]) Vgl. weitere Fälle bei Weingart, Zeitschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 19 S. 135. Die Aufzählung im Gesetz gibt dem Richter einen Anhaltspunkt dafür, welche Grade und Arten der Schuldminderung im allgemeinen einen „ähnlichen Fall" bilden, welche nicht.

er einen herabgesetzten Strafrahmen. Man kann sich, ohne an sogenannte Monomanien, die ja die Zurechnungsfähigkeit überhaupt ausschließen würden, glauben zu müssen, übrigens leicht Verbrechensfälle denken, in denen die krankhafte Neigung gar keinen Einfluß hatte, z. B. wenn ein Hysteriker ein einfaches Jagdvergehen verübt. Die Psychiater werden hier das letzte Wort zu sprechen haben.

Verkehrt wäre es, bei den geistig Minderwertigen zwar andere Behandlung, aber keine mildere Strafe zu befürworten.[1]) Denn man will sie ja von den Unzurechnungsfähigen und den voller Zurechnung Fähigen (in voller Schuld Befindlichen) unterscheiden. Eine längere Strafbehandlung im Schutzinteresse der Gesellschaft wäre nicht nur ungerecht, da der Minderwertige eher ein Weniger als ein Mehr an Strafe verdient hat, sondern auch unvernünftig, weil durchaus nicht mit der Minderwertigkeit an sich schon eine erhöhte Gefahr für die Gesellschaft gegeben ist.

Für diejenigen Minderwerten, welche wertvollen Gütern der Gesellschaft sehr gefährlich sind auch nach ihrer Entlassung, hat nicht eine Fortsetzung der Strafe einzutreten, sondern sie sind polizeilich zu verwahren.[2]) Ein Gesetz, betreffend die Behandlung gesellschaftsgefährlicher Personen, darf nie zum Strafgesetz werden. Bei der Behandlung solcher Personen muß das etwa aufzuerlegende Übel der Freiheitsentziehung ebenso wie bei den Unzurechnungsfähigen (insbesondere den Geisteskranken) allen Beigeschmacks der Strafe entkleidet bleiben.[3]) Also andere Disziplin, andere Regelung der Erholung, andere Behandlung hinsichtlich des Arbeitsverdienstes,

---

[1]) A. M. v. Liszt, Lehrbuch § 37 II, wo er „scharf betonen muß“, daß nicht mildere Strafe, sondern andere Behandlung am Platze ist. In Gutachten S. 300 will er jedoch überraschenderweise den „heute überwiegenden Rechtsanschauungen entsprechend“ mildere Strafe eintreten lassen.

[2]) Diesen Unterschied verwechselt Aschaffenburg, wenn er S. 229 ausruft: Noch trauriger (als das Bewußtsein, dem einmal Gestrauchelten nicht vor der Zeit die Freiheit geben zu dürfen) muß den denkenden Strafvollzugsbeamten das Bewußtsein berühren, einen Menschen in die Freiheit lassen zu müssen, der sie nicht verdient.

[3]) A. M. v. Liszt, Gutachten S. 294, 295, der nur im Wege des Kompromisses mit seinen Gegnern nach Absolvierung der höchsten zugemessenen Strafe an Stelle der Strafe Verwaltungsmaßregeln zugesteht. Mit dürren Worten spricht er S. 295 aus, daß bei Unverbesserlichen Einsperrung auf Lebenszeit gefordert werden solle, lediglich auf Grund der Tatsache der Unverbesserlichkeit, mag das Vergehen auch ganz geringfügig sein. Als Konzession räumt er den Ausspruch vom Zuchthaus nicht unter 5 Jahren (bezw. nicht unter 10 Jahren) ein. Ist das nicht eine evidente Vermischung des Verwahrungszwecks mit dem Zweck, Strafe nur so weit zu verhängen, als sie verdient ist?

andere Gesichtspunkte hinsichtlich der Erlaubnis der Selbstbeschäftigung und der ihnen sonst zu gewährenden Rechte. Mit besonderer Schärfe läßt sich der Unterschied bei vermögenden Personen zeigen, denen bei der Verwahrung, die ohne eine strafbare Tat eintritt, jede Erleichterung zu verstatten ist.

Ganz auf dem Boden dieser Auffassung bewegen sich die Vorschläge van Calkers in seinem Gutachten zum 26. Juristentag, die darin gipfeln, daß neben oder anstatt der Strafe für gemeingefährliche Personen Schutzmaßregeln gesetzlich vorzusehen sind, welche durch eine Verwahrung der Person die von ihr drohende Gefahr für die Gesellschaft abwenden (Unterbringung in eine besondere Anstalt). Ist für einen jugendlichen nach verbüßter Strafe, die sich nur nach der Schwere der konkreten Willenshandlung bemißt, Fürsorgeerziehung notwendig, so hat sie einzutreten. Sie vermag die Berechtigung der Strafe nicht zu ersetzen, denn sie ist nicht die Strafe, sondern kann nur während derselben bereits mit einsetzen.[1])

2. Aufrecht zu erhalten hat auch das neue Strafgesetzbuch die Scheidung der Strafen von den Präventivmaßregeln. Dies bedeutet nichts anderes als eine grundsätzliche Trennung derjenigen Personen, welche man für ihr Tun verantwortlich macht, von denen, bei denen man dies nicht kann. Mit anderen Worten: die Zurechnungsfähigkeit soll das trennende Merkmal für Strafbehandlung und Schutzfürsorge bleiben.

Denen, welche das Strafgesetz anwenden, also den Begriff der Zurechnungsfähigkeit auslegen sollen, ist nicht damit gedient, wenn man den Begriff nicht schon vorher definiert. Man reicht auch den Sachverständigen Steine statt Brot, wenn man ihnen einen unsicheren schwankenden Begriff ohne gesetzliche Merkmale gibt, bei welchen das Vorhandensein der Unzurechnungsfähigkeit angenommen werden soll. Die Rechtsanwendung soll eine gleichmäßige sein. Wie ist dies möglich, wenn man von dem an sich möglichen Inhalt des Begriffs, der verschiedenen Umfang haben kann, nicht denjenigen als gesetzlich vorausgesetzt annimmt, der den Bedürfnissen des Gesetzes am besten sich anpaßt?[2])

Die Zurechnungsfähigkeit ist nicht etwa zu definieren als normale Bestimmbarkeit oder Motivierbarkeit.[3]) Denn wie man auch

---

[1]) Vgl. van Calker, Gutachten S. 256, 262.

[2]) Gl. M. Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage S. 38, 123 f. A. M. Zürcher, Schweizerische Zeitschr. f. Strafr. Bd. 11 S. 66 f.

[3]) So v. Liszt, Lehrbuch § 37 I. Ähnlich M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung, S. 70; Liepmann, Einleitung in das Strafr. S. 105.

jene Motivierbarkeit auffassen mag,[1]) derjenige, welcher besonders charakterstark ist und unbeugsam den von ihm für richtig erkannten Weg einschlägt, wäre darnach unzurechnungsfähig. Bismarck wäre das Prototyp eines Unzurechnungsfähigen gleichwie der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher. Umgekehrt wäre auch derjenige unzurechnungsfähig, der abnorm leicht bestimmbar ist durch Motive, also der besonders Wankelmütige, derjenige, der sich ohne Wahl leiten läßt. Zurechnungsfähig wäre also nur der, welcher genau die durchschnittliche Bestimmbarkeit hätte. In dieser kaum näher anzugebenden Mittellinie befinden sich aber nur die allerwenigsten Menschen. Man kann allerdings auch anders argumentieren: Von der Mittellinie der normalen Bestimmbarkeit an aufwärts ist die jenseits stehende Hälfte der Menschen zurechnungsfähig. Der Wankelmütige, sowie der Leichtgläubige wären dann die Muster der Zurechnungsfähigkeit. Eine andere Definition: Zurechnungsfähig ist nur der geistig reife und geistig gesunde Mensch[2]) besagt nichts Falsches, führt aber um keinen Schritt tiefer ein. Die unmittelbar auftretende Frage: Wann ist jemand noch geistig gesund? zeigt den Zirkel auf.

Dieser Definition sei folgende andere Begriffsbestimmung gegenübergestellt, die ihre nähere Begründung in dem oben bei der Untersuchung der gerechten Vergeltung Erläuterten findet: Ein Mensch ist zurechnungsfähig, wenn seine Verstandes- und Willenskraft das Mindestmaß erreicht hat, welches (in den Augen Kundiger) erforderlich ist, um die allgemein von einem Verbrechen abhaltenden Vorstellungen sich zum Bewußtsein zu bringen, mit Bewußtsein zwischen ihnen und den Antrieben zum Verbrechen abwägend zu entscheiden und seinen Vorsatz gemäß seinem Entschlusse zur Ausführung zu bringen. Die Erfordernisse sind also drei: Fähigkeit richtiger Vorstellungen von möglichen Wirkungen des Erfolgs, Fähigkeit zur Überlegung, Fähigkeit, den Willen bei der Ausführung in der Gewalt des Bewußtseins zu halten.[3])

---

[1]) Nämlich als Motivierbarkeit des Verbrechers durch die Strafdrohung oder als Motivierbarkeit durch den Strafvollzug (v. Liszt § 37 N. 1). Vgl. auch v. Liszt in Zeitschr. f. StrRW. Bd. 17 S. 75, der hinsichtlich des Unverbesserlichen tatsächlich die Konsequenzen zieht.

[2]) v. Liszt § 37 I neben der angeblich gleichwertigen Definition mit normaler Bestimmbarkeit.

[3]) Verwandt sind die Definitionen v. Eyvind Olrik, Zeitschr. f. StrRW. 18, 599: Zurechnungsfähigkeit ist bei denjenigen Personen gegeben, in deren wirksame Bewußtseinskontrolle die sozialen Forderungen deutlich und mit Überzeugung auf-

3. Damit der Mensch für Unrecht verantwortlich werde, ist notwendig, daß er das Unrecht erkennen könne. Es fragt sich aber, ob zum vorsätzlichen Delikte auch zu verlangen ist, daß der Täter wußte, daß seine Handlung verboten ist, sodann ob weiter zu fordern ist die Erkenntnis der Quelle des Gebots, z. B. daß nicht die Religion, der väterliche Wille, die soziale Ethik (d. h. die Notwendigkeit für das geordnete Zusammenleben der Menschen), die altruistische Ethik, sondern das Recht derjenige Gebieter ist, welcher ein bestimmtes Verhalten verlangt. Soll mit anderen Worten derjenige gestraft werden, welcher die Rechtsnorm als Quelle eines Pflichtmotivs nicht kennt?

Die gegenwärtige Rechtsprechung legt den dafür maßgebenden § 59 dahin aus, daß zur Verantwortlichkeit genügt die Kenntnis der konkreten (objektiven) Merkmale eines gesetzlichen Tatbestands und die Erkenntnis derjenigen Rechtsbegriffe des gesetzlichen Tatbestands, welche nicht im Strafrecht ihren Sitz haben.

Richtiger erscheint es, wenigstens vom Standpunkte des Gesetzesvorschlags aus, zur Verantwortlichkeit zu fordern außer der Kenntnis der konkreten (objektiven) Tatbestandsmerkmale die Kenntnis des Verbots oder Gebotes;[1]) dagegen ist nicht zu fordern die Kenntnis von seiner gesetzlichen Niederschrift oder von den Rechtsfolgen seiner Übertretung. Der Subsumtionsirrtum unter den Gesetzesparagraphen hat demnach irrelevant zu bleiben. Hinsichtlich der Quelle des Gebots dürfte m. E. eine spezialisierte Kenntnis nicht zu fordern sein, da man vom einfachen Mann nicht verlangen kann, daß er Nachforschungen nach dem Ursprung der ihm bewußten Gebote anstelle, die noch dazu dem ungesetzten Rechte angehören können. Nur wenn er positiv annimmt, das Gebot oder Verbot sei kein Gebot oder Verbot des Rechts, soll dieser Irrtum über die Normenquelle seinen Vorsatz ausschließen.

Zu fordern ist demnach zum Vorsatz, kurz gesagt, das Bewußtsein, die Handlung widerspreche einem Gebote oder Verbote. Dieses Bewußtsein genügt dann nicht, wenn der Täter irrig glaubte, das übertretene Gebot oder Verbot gehöre nicht der Rechtsordnung an.

genommen worden sind; ferner von Stammler, Zeitschr. 19, 263: Zurechnungsfähigkeit ist die subjektive Möglichkeit, den Inhalt seiner Vorstellungen mit demjenigen von Vorstellungen anderer Menschen zu vergleichen und darnach zu richten; endlich v. Binding, Normen II 76: Zurechnungsfähigkeit ist das Vermögen, die eigene Tat im Verhältnis zur Norm zu erkennen und im Einklange mit ihr zu erhalten.

[1]) Gl. M. Binding, Grundr. S. 98 f.

4. Die untere Strafgrenze der Jugendlichen von 12 Jahren auf 14 Jahre heraufzusetzen, kann nicht gutgeheißen werden.[1]) Der gegenwärtige Zeitpunkt des Beginns der Deliktsfähigkeit (vollendetes 12. Lebensjahr) ist passend gewählt. Für die Heraufsetzung spricht nicht, daß das schulpflichtige Kind nicht ins Gefängnis gehöre und nicht mit seinen Erlebnissen im Gefängnis soll prahlen können. Denn abgesehen davon, daß das Gefängnis nicht die einzige Strafe darstellt, wird damit die prinzipielle Frage der Zurechnungsfähigkeit verschoben. Ist diese zu bejahen, so muß auch Kriminalstrafe eintreten können. Wenn das Prahlen oft vorkäme, wenn es so gefährlich wäre, so müßte man dann auf andere Abhilfe sinnen. Es läßt sich aber durch entsprechendes Strafverfahren und durch entsprechenden Strafvollzug nicht nur dieses kleine Bedenken heben, sondern auch die Gefahr, daß der Jugendliche in der Freiheitsstrafe bei ausgereiften Verbrechern eine Schule des Verbrechens durchmache, leicht beseitigen. Hat der Jugendliche kriminelle Schuld, so müssen wir ihn auch strafen. Für die Beibehaltung dieser Altersgrenze spricht einmal der Umstand, daß Deutschland die Verantwortlichkeit unter den verschiedenen Strafgesetzgebungen durchaus nicht abnorm früh beginnen läßt.[2]) Es spricht hierfür außerdem die Volksanschauung, wie man sie vielleicht in beschränktem Maße auch aus der Statistik erkennen kann. Bekanntlich ist bei allen Jugendlichen zwischen 12 und 18 Jahren die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besonders zu prüfen. Das bedeutet eher mehr als weniger wie die bloßen Merkmale der Zurechnungsfähigkeit (§ 56 StGB.). Gleichwohl wurden auf Grund dieser Bestimmung im Jahre 1900 in keinem Oberlandesgerichtsbezirk mehr als 9,1 % der überführten Jugendlichen freigesprochen, in dem Oberlandesgerichtsbezirk Zweibrücken nur 1,2 %, im Durchschnitt des ganzen Reichs nur 3,9 %.[3]) — Der Jugendliche gleicht dem geistig Minderwerten darin, daß er teilweise durch seine unentwickelte Verstandes- und Willenskraft beeinflußt wird bei seinem Verbrechen, daß aber diese psychischen Mängel nicht so groß

---

[1]) A. M. z. B. Kahl, Referat, These III 1, v. Liszt, Gutachten S. 293, Aschaffenburg S. 240. Dagegen aber van Calker, Gutachten S. 256.

[2]) Während das französische Recht überhaupt keine absolute Altersgrenze nach unten kennt, werden verlangt 15 Jahre in Schweden, 12 Jahre in Ungarn, 10 Jahre in Österreich, Dänemark, 9 Jahre in Italien, 7 Jahre in England und New-York.

[3]) Vgl. Statistik des Deutschen Reiches Bd. 139 Bem. zu Tab. I 51. Dix, Die Jugendlichen in der Sozial- und Kriminalpolitik 1902 S. 21 berechnet, daß durchschnittlich 9000 Personen zwischen 12 und 14 Jahren jährlich verurteilt werden.

sind, um seine Schuld auszuschließen. Wie die Eigenschaft der geistigen Minderwertigkeit ist das jugendliche Alter als allgemeiner Strafmilderungsgrund aufzufassen. Vielleicht besteht darin ein Gegensatz zur Minderwertigkeit, daß die besonderen Mängel des jugendlichen Gemüts bei jeder Straftat zur Geltung kommen. Daher soll die Eigenschaft als Jugendlicher (und Hand in Hand damit erziehender Strafvollzug) bei jeder Verurteilung eines Jugendlichen berücksichtigt werden.

Das Erfordernis der Einsicht zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit legt zu einseitig Wert auf das intellektuelle Moment der Zurechnungsfähigkeit, verlangt andrerseits die bei Erwachsenen von der Rechtsprechung abgelehnte Einsicht zur Erkenntnis der Strafbarkeit. Es ist zu vertauschen mit dem Erfordernis, daß bei jedem Jugendlichen die Zurechnungsfähigkeit geprüft werde.

Die geringere Schuld der Jugendlichen verträgt es durchaus nicht, daß, auch wenn man vom sogenannten Polizeiunrecht absieht, die niedrigste Strafe für sie 2 Jahre Freiheitsstrafe sei.[1]) Es wäre dies ein schreiendes Unrecht im Hinblick auf viele geringwertige Vergehen. Dieses Unrecht wird nicht gemildert dadurch, daß man im Falle der Jugend in der Form der Strafe eine Fürsorgeerziehung eintreten läßt. Die Fürsorgeerziehung kann allerdings auch während der Strafe eintreten. Aber mit der Schuldgröße und Strafschwere darf sie nicht verquickt werden. Die Strafe kann mit dem gleichen Minimum anheben bei Jugendlichen wie bei Erwachsenen. Ist nach Verbüßung der Strafe Fortsetzung der Erziehung notwendig, so erfolge sie ohne jedweden Strafzusatz. Aufs dringendste aber ist zu empfehlen, daß im Hinblick auf die ungünstigen Folgen der Zwangsfürsorgeerziehung auf die Aufrechterhaltung der Familienordnung und des Rufes des Jugendlichen die Notwendigkeit dieser Zwangserziehung in jedem Falle sorgfältig geprüft werde. Bei Bemessung der Strafe des Jugendlichen sind die unbestimmten Strafurteile wie überhaupt so auch hier eine Ungerechtigkeit.[2]) Die Strafe bemißt sich nach der Tat und der bei der Tat vorhanden gewesenen Schuld. Sie ändert sich im Rechtsstaat nicht nach dem nicht mehr strafrechtlich relevanten Verhalten des Sträflings während der Verbüßung. Wir strafen nur strafbare Handlungen, nicht während des Strafvollzugs betätigte Gesinnungen. Zeigt sich während des Strafvollzugs hohe

---

[1]) A. M. v. Liszt, Gutachten S. 293.

[2]) A. M. v. Liszt a. a. O. S. 294, der unbestimmte Verurteilung zu Freiheitsstrafe von 2—5 Jahren verlangt.

fernere Gefährlichkeit oder das Vorhandensein der Voraussetzungen der bürgerlich-rechtlichen Zwangsfürsorgeerziehung,[1]) so kann der Antrag auf Unterbringung in eine Verwahrungsanstalt bezw. auf Einleitung der Zwangserziehung (BGB. §§ 1666, 1838, EG. z. BGB. Art. 135) gestellt werden, letzterenfalls beim Vormundschaftsgericht. Strafverlängerung wäre Strafe ohne Verbrechen.[2])

5. Zu den Errungenschaften, welche nicht aufgegeben werden dürfen, gehört auch der Satz nullum crimen nullave poena sine lege poenali:[3]) Eine Strafe darf nur dann ausgesprochen werden, wenn Delikt und Strafsanktion für sie vorher feststand. Der Gesetzgeber muß sein Mögliches getan haben, um Gesetzeskenntnis auf strafrechtlichem Gebiete zu verbreiten und die unvermeidliche Willkür und Ungleichheit abzuschneiden, welche eintreten muß, wenn Hunderte von Gerichten nebeneinander urteilen, zahllose Richter sich in dem Laufe der Zeit ablösen und keinerlei Strafmaße für die verschiedenen Handlungen abgestuft sind. Es ist also unbedingt nötig auch die Beibehaltung der gesetzlichen Strafmaße je nach den Tatbeständen.[4])

Der Satz, daß jede Strafe auf einem Rechtssatz beruhen und aus dem geschriebenen Rechte erkennbar sein muß, kann aber überspannt werden dahin, daß auch eine gesunde Rechtsauslegung unterbunden wird.[5]) Gegenwärtig ist Analogie gemäß § 2 I StGB. nur zulässig, insoweit sie zur Unanwendbarkeit einer Strafbestimmung führt, nicht soweit sie zur Anwendbarkeit einer Strafbestimmung führt. Analogie ist aber nie künstliche Konstruktion eines nicht bestehenden Rechtssatzes, sondern stets Auffindung eines bestehenden, d. h. vom Gesetzgeber nachweisbar gewollten Rechtssatzes durch andere Mittel als durch ausdehnende oder einschränkende Auslegung eines mehrdeutigen Wortes. Da es aber auch noch andere Auslegungsmittel gibt als Wortinterpretation, so ist die Zulassung der Analogie gesund, soferne man daran festhält, daß sie nur dann anwendbar ist, wenn man mit ihr die Überzeugung gewinnen kann,

---

[1]) Vgl. v. Liszt und Frieda Duensing, Die Zwangserziehung 1901 S. 9 f.; Englert, Das (bayer.) Zwangserziehungsgesetz 1902 S. 42 f.; von der Pfordten, Das (bayer.) Zwangserziehungsgesetz 1902 S. 29 f.

[2]) Gl. M. van Calker, Gutachten S. 258.

[3]) Über die Entstehungsgeschichte und die verschiedene Deutbarkeit des Satzes vgl. Binding, Handbuch Bd. I S. 17 f.

[4]) A. M. v. Liszt, Zeitschr. f. StrRW. Bd. 9 S. 491 f. — Übereinstimmend dagegen Birkmeyer, cit. Zeitschr. Bd. 16 S. 116 und Goltd. Archiv Bd. 48 S. 74, ferner Sternau, cit. Zeitschr. Bd. 13 S. 83.

[5]) Gl. M. Binding, Lehrbuch 1, 21 f., Kahl, Referat (zu These II 2).

daß ein nicht ausdrücklich ausgesprochener Rechtssatz nach dem Willen des Gesetzes gleichwohl bestehen soll. Vielleicht könnte der § 2 I zweckmäßiger lauten: Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn deren Strafbarkeit vor der Begehung im Gesetz enthalten ist.

Übrigens ist stillschweigend der § 2 insoweit bereits tatsächlich außer Gebrauch gekommen, als man Sätze aufstellt, die mit dem Wortlaut schlechterdings nicht in Einklang zu bringen sind, aber doch dem Willen des Gesetzes entsprechen. Denn die Wortinterpretation hat ihre begriffliche Grenze überschritten, wenn der einem Satze untergelegte Sinn dem grammatikalischen Wortsinne auch bei weitester Ausdehnung widerspricht. Z. B. dürfte es Analogie sein, wenn man in § 316 II, sowie in § 355 (hier bei den Worten: Beaufsichtigung und Bedienung) das Wort „und" für ein „oder" liest; wenn man den § 320 II auch zur Anwendung bringt im Falle jemand nur für unfähig erklärt ist zur Beschäftigung in einem bestimmten Zweige des Eisenbahndienstes. (Vgl. auch die Auslegung von „Geschwister und deren Ehegatten" in § 52 II StGB.; ferner § 34 Z. 1 StGB.)

6. Das neue Gesetzbuch wird auch durch Aufstellung eines Begriffs des Vorsatzes eine schärfere Scheidung zwischen diesem und der Fahrlässigkeit durchführen müssen. Ebenso sind Absicht und Zweck begrifflich zu bestimmen. Der Begriff der Absicht wird zu umfassen haben einerseits den angestrebten (begehrten) Erfolg des Handelns, andrerseits den als unvermeidbar bestimmt vorausgesehenen Handlungserfolg. Zweck wäre derjenige beabsichtigte Erfolg, welcher bei dem Einfluß einen Beweggrund[1]) des Handelns bildete oder nach dem Entschluß zur Handlung als ein Ziel des Handelns mit aufgenommen wurde.

7. In Angriff zu nehmen ist eine Ausdehnung des Notstandsrechts auf alle Fälle drohenden Rechtsverlustes, der durch einen unverhältnismäßig geringeren Eingriff in fremde Rechte vermieden werden kann und nicht auf Grund besonderer Bestimmungen geduldet werden muß. Der Notstand, welcher durch das Zusammentreffen von Rechtspflichten entsteht,[2]) ist gesetzlich anzuerkennen und dahin zu regeln, daß der in diesem Notstand Befind-

---

[1]) Der Beweggrund wird dabei etwas enger zu denken sein als dasjenige, was Thomsen (Begriff des Verbrechensmotivs 1902 S. 257) zum Motive vollständig korrekt hinzurechnet, indem er auch die nicht zum Bewußtsein kommenden Triebe in den Motivbegriff einschließt.

[2]) Vgl. die bahnbrechenden Ausführungen von Binding Handb. I 758 f.

liche die Wahl hat, sofern nicht eine Pflicht als die höhere sich erweist.

Handelt es sich um drohenden Rechtsverlust, so wird nur für den Fall, daß das Leben bedroht ist, die Vernichtung fremden Lebens (also eines gleichwertigen Gutes) für unverboten zu erklären sein, sofern nicht ausnahmsweise auch dieser Rechtsverlust geduldet werden muß, z. B. von Schiffsleuten.[1])

Ist zur Abwehr eines drohenden Rechtsverlustes eine andere verbotene Handlung erforderlich als der Eingriff in fremde subjektive Rechte, z. B. Unterlassung polizeilicher Vorschriften, so soll dieselbe ebenfalls zulässig sein, wenn der den öffentlichen Interessen angerichtete Schaden ein unverhältnismäßig geringer ist. Die Handlung darf nicht mit Verbrechensstrafe bedroht sein und es darf auch keine besondere Pflicht zur Duldung des Rechtsverlustes bestehen.

8. Bei der durch einen rechtswidrigen Angriff verursachten Gefahr eines Rechtsverlustes, ist die Abwehr gegen den Angreifer in weiterem Umfang für zulässig zu erachten als sonst der Eingriff in fremde Rechtsgüter bei Notlagen. Gegenüber dem vorsätzlichen rechtswidrigen Angriff eines Zurechnungsfähigen wird nach wie vor als Notwehr jede Verteidigungsmaßregel zu erlauben sein, welche zur Abwehr erforderlich ist, ohne Rücksicht darauf ob das angegriffene Rechtsgut einen unendlich geringeren Wert hat als das durch die Verteidigung zu beschädigende Rechtsgut.

Geht der rechtswidrige Angriff dagegen von einem ohne zurechenbaren Vorsatz handelnden Menschen aus, so ist der Angegriffene zu verpflichten, einen Eingriff in seine Rechte zu dulden, wenn derselbe unverhältnismäßig geringer ist, als der Eingriff in des Angreifers Rechte, welcher zu einer wirksamen Abwehr erforderlich wäre. Also bei Notwehr gegen unvorsätzliche Angriffe ist eine bestimmte Proportionalität zwischen dem Angriffsübel und dem Abwehrübel einzuführen.[2])

Angriffe von Tieren künftighin zur Notwehr zu rechnen, ist dann kein Bedürfnis mehr. Nach bestrittener aber richtiger Ansicht

---

[1]) Binding Handb. I 781.

[2]) Binding, Grundr. 6. Aufl. S. 151 und Löffler, Zeitschr. f. StrRW. Bd. 21, 544 treten gleichfalls dafür ein, daß nicht bei allen Fällen der Notwehr die Einführung des Prinzips der Proportionalität sich empfiehlt. Die Verschiedenheit der Fälle hat Binding als einer der ersten mit erkannt. Vgl. sein Handb. I 749. Nur lehnte er früher in beiden Fällen die Proportionalität ab. — A. M. Liepmann, Einleitung S. 184 f., der in allen Fällen der Notwehr das Prinzip der Proportionalität befürwortet.

war es im Hinblick auf die viel zu engen Bestimmungen des StGB. über den Notstand und die Zulässigkeit von Eingriffen zu Gunsten Dritter bei Notstand richtiger, die Tierangriffe zu den „rechtswidrigen Angriffen“ des § 53 zu zählen. Von dem Augenblick an, wo jedoch der Notstand inhaltlich erweitert wird und die Nothilfehandlungen zu Gunsten Fremder erlaubt werden, fallen die logischen Argumente fort, welche dafür sprechen, einen „rechtswidrigen Angriff“ außer bei Angriffen von Rechtssubjekten auch anzunehmen bei Angriffen von Rechtsobjekten (z. B. bei Tieren), oder gar bei Gefahren ihn neuerdings zu fingieren, welche ausgehen von leblosen Sachen.[1])

Aufrecht erhalten ist daher die prinzipielle Scheidung der Notwehrbefugnisse und der Notstandsbefugnisse im bisherigen Sinn: Die Notwehr schafft die erlaubte Abwehr eines von Rechtssubjekten drohenden Angriffs durch Verletzung der Güter des Angreifers. Der Notstand schafft die erlaubte Verletzung der Güter eines Rechtssubjektes, welches gar keinen Angriff vornimmt. Bei Notwehr trägt den Schaden der Notwehrhandlung nicht der in der Notlage Befindliche, sondern sein Gegner.[2]) Bei Notstand dagegen trägt den Schaden der Notstandshandlung der in der Notlage Befindliche, außer wenn aus besonderen Umständen der Beschädigte die Verursachung der Gefahr zu vertreten hat. (Vgl. BGB. §§ 904, 228 mit 833 f. und 836 f.).

VII. Ebenso wie hinsichtlich der Frage, ob eine Tat überhaupt als strafbar angerechnet werden soll, werden sich auch hinsichtlich der Strafzumessung mancherlei Änderungen als notwendig herausstellen.

1. Es muß hier darauf verzichtet werden, die richterlichen Strafzumessungsgründe in extenso zu entwickeln.

Eine vollständige Aufzählung aller Strafzumessungsgründe und des Grades ihres Einflusses im Gesetze wäre ein Fehler. Denn dadurch würde ein schablonenhaftes Rechenexempel dem Richter zugemutet, welches leicht bedeutende Fehlerquellen in sich birgt, da es sich vielfach um dehnbare Begriffe handelt und der einzelne Zumessungsgrund in wechselnden nicht ziffermäßig festzustellenden Graden vorliegen kann. Eine erschöpfende Darstellung der durch das Zusammentreffen verschiedener Gründe sich ergebenden Kon-

---

[1]) A. M. Löffler, Zeitschr. f. StrRW. Bd. 21 S. 543.

[2]) Der Fall, daß jemand einen Unzurechnungsfähigen zum Angriff provoziert, um ihn dann während des Angriffs zu beschädigen, begründet im Erfolgsfalle überhaupt keine echte Notwehr und kann daher auch nicht als Ausnahme gelten.

binationen in ihrer Bedeutung für die Schwere des Verbrechens ist gegenwärtig wenigstens ganz unmöglich.

Dagegen ist die Aufnahme leitender Grundsätze in das Gesetz erwünscht, z. B. darüber, von welchem Normalmaß der Richter innerhalb eines Strafrahmens auszugehen hat. Desgleichen könnten einige strafändernde Umstände neu geschaffen werden, deren Annahme teils den Strafrahmen, teils die außerdem festzusetzende Strafe innerhalb des Strafrahmens in bestimmtem Höchstmaße verändert. Auch wenn die Berücksichtigung gewisser Umstände nur instruktionell vorgeschrieben ist, wird hiermit erreicht, daß das Gericht sich gezwungen sieht, in jedem Einzelfall die Tat wenigstens nach gewissen die Strafhöhe beeinflussenden Umständen anzusehen. Muß sich der Richter bei jedem Fall über das Vorhandensein einer Reihe von Gesichtspunkten Rechenschaft geben, so wird ein mechanisches Aburteilen und Ausmessen der Strafe mehr hintangehalten.

Die Größe der Strafe hat sich zu bemessen einmal nach der Schwere des Erfolgs, sodann nach der Schwere der bei der Tat vorhandenen Schuld, welche verschieden ist nach dem Grade der Stärke des verbrecherischen Willens, welcher bei der Tat sich gezeigt hat und seiner Verwerflichkeit.[1])

Der Richter hat zu berücksichtigen:

a) hinsichtlich der Schwere des Erfolgs:[2])

den Umfang der Vollendung, in welchem das Verbrechen vorliegt, die Höhe der Beitragsleistung des einzelnen, den Umfang, in welchem das Rechtsgut angegriffen ist, den Umfang, in welchem das angegriffene und andere Rechtsgüter durch die Art der Ausführung gefährdet werden (den Wert der Rechtsgüter hat das Gesetz bereits durch die Absteckung des Strafrahmens abgegrenzt).

b) hinsichtlich der Stärke des verbrecherischen Willens:

den Grad des Wissens um den herbeizuführenden Erfolg (Fahrlässigkeit, Fürmöglichhalten, Als unvermeidlich Voraussehen),

den Grad der Festigkeit des Willens (ausnahmsweiser Entschluß, Neigung zur Verletzung bloß dieses Rechtsgutes, oder auch anderer Rechtsgüter);

---

[1]) Vgl. über die Notwendigkeit, Richtpunkte für die richterliche Strafzumessung zu geben Birkmeyer, GA. 48 S. 77, Kahl, Referat, zu These III 4; ferner über die richterlichen Strafzumessungsgründe van Calker, Gutachten S. 245 f., Birkmeyer, Rechtsenc. S. 1079, Hugo Meyer S. 406 f., Clausius, Gerichtssaal Bd. 57 S. 402, 431.

[2]) Über die Notwendigkeit, den Erfolg mit zu berücksichtigen, vgl. Wach, Die kriminalistischen Schulen etc., 1902 S. 16 f.

c) hinsichtlich der Verwerflichkeit des verbrecherischen Willens:

den Grad der Selbständigkeit seines Zustandekommens (Einfluß von körperlichen oder psychischen Schwächen, Stärke der von außen auf den Täter einwirkenden Vorstellungen),

den Grad der Gesellschaftsfeindlichkeit des Willens (Leichtsinn, Übermut, Selbstsucht, Freude zu schaden).

Soweit eines der genannten Merkmale bereits Tatbestandsmerkmal ist, z. B. Gewohnheitsmäßigkeit bei schwerem Wucher, ist natürlich nicht schon das Vorliegen desselben Strafausmessungsgrund, sondern nur der Stärkegrad, in welchem es vorliegt.

2. Von den bisherigen gesetzlichen Strafänderungsgründen kommen für die Revision des Strafgesetzbuches besonders in Frage die künftige Behandlung von Versuch, Teilnahme, Zusammentreffen und Rückfall. Zunächst über den Versuch.

Es wäre ein Rückschritt, wollte man beim Versuch die Tatsache außer Betracht lassen, daß die Bedeutung eines Verbrechens nicht ausschließlich in der Betätigung einer verbrecherischen Gesinnung, sondern auch in der Verursachung eines Schadens für Rechtsgüter besteht. Die Größe des Schadens ist verschieden hoch und fällt nach dem Prinzip der Vergeltung mit ins Gewicht, ebenso wie die Verschiedenwertigkeit der Rechtsgüter, die unter sonst ganz gleicher schuldhafter Willensrichtung verletzt werden. Dazu kommt, daß der Erfolg erfahrungsgemäß eines der besten Mittel zur Erkenntnis der Ausdehnung einer verbrecherischen Willensrichtung ist.[1]) Das bisherige Prinzip (§ 44 I): Der Versuch ist milder zu strafen als die Vollendung, dürfte das Richtige treffen.[2]) Hinsichtlich des Grades der Milderung erscheint es richtiger, für alle Strafdrohungen vorzuschreiben, daß die Strafe für Versuch das Höchstmaß der Strafe für das vollendete Verbrechen nicht erreichen dürfe. Statt der Todesstrafe wäre im Falle des Versuchs darnach das Höchstmaß lebenslängliches Zuchthaus, statt der lebenslänglichen Zuchthausstrafe wäre es 20jähriges Zuchthaus. Die Zulassung der Herabsetzung des Strafminimums bis auf ein Viertel gleich dem

---

[1]) Treffend bemerkt van Calker, Gutachten S. 249, dem objektiven Moment bei einer Tat wohne eine selbständige und eine symptomatische Bedeutung bei. So auch M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung S. 128.

[2]) Richtig: Miler, Mitteilungen d. Int. Krim.Ver. Bd. 10 S. 76. A. M. Garraud, ebenda S. 102: Il n'y a aucune distinction à faire entre la tentative et de délit consommé. Der Kongreß der Int. Krim.Ver. zu St. Petersburg 1902 führte zu keiner Einigung über die Berücksichtigungswürdigkeit des Erfolgs neben den „psychischen Elementen“. Vgl. Kronecker, Juristenztg. Bd. 7 S. 500.

bisherigen Rechte ist zwar bedeutend, erscheint aber im Hinblick darauf als angemessen, daß bei manchen Delikten mit dem Wegfall des Erfolges die Bedeutung des Geschehenen ganz wesentlich herabsinkt: z. B. bei der Fälschung des Personenstands, der Kindstötung, der Unterschlagung. Das Prinzip, den Versuch bei allen Übertretungen straflos zu lassen, ist gleichfalls als richtig beizubehalten. Dagegen ist die Frage der Ausdehnung der Strafbarkeit des Versuchs auf alle vorsätzlichen Vergehen sehr erwägenswert.

Gesetzlicher Regelung ist die Frage des untauglichen Versuchs bedürftig: d. h. die Frage, ob ein mit untauglichen Mitteln oder am untaug- Objekte vorgenommener Versuch zu strafen ist. Während das Reichsgericht die Strafbarkeit unbedingt bejaht,[1]) z. B. bei Abtreibungsmanipulationen an einer Frau, die gar nicht schwanger ist, wird diese Rechtsprechung in verschiedener Richtung von der überwiegenden Literatur angefochten[2]). Weder der rein objektive[3]) noch der rein subjektive[4]) Standpunkt liefern befriedigende Resultate. Bei der objektiven Theorie kommt die Strafwürdigkeit mancher Fälle nicht genügend zur Berücksichtigung, abgesehen von der Schwierigkeit einer Abgrenzung des absolut untauglichen Versuchs. Bei der subjektiven Theorie beruht andrerseits die Rechtswidrigkeit der Tat beim untauglichen Versuch lediglich auf dem Vorsatz, also auf einem Internum. Gedanken sind aber zollfrei zu belassen, soweit ihr Ausspruch nicht als solcher in Frage steht. Vielleicht ließe sich eine Vereinigung beider Gesichtspunkte dahin erzielen, daß der untaugliche Versuch strafbar ist, falls der Täter mit seiner Ausführungshandlung vorsätzlich bereits den Boden des Rechtswidrigen in der Richtung auf den gewollten Erfolg betreten hat, d. h. falls seine Versuchshandlung bereits einen verbotenen Durchgangspunkt bildet für den im Einzelfall vorgestellten Erfolg. Straflos wäre darnach z. B. der Abtreibungsversuch an einer nicht Schwangeren, strafbar dagegen der Notzuchtsversuch an einem als Frau verkleideten und dafür gehaltenen Mann; straflos wäre an sich die Hingabe von Zucker in der irrigen Meinung, es sei giftiger Arsenik, strafbar wäre dies nur im Falle der rechtswidrigen Aufnötigung des für Arsenik gehaltenen Zuckers; straflos wäre das Abdrücken einer ungeladenen oder nicht

[1]) Zuletzt ausgesprochen in RGE. Bd. 34 S. 217.

[2]) Vgl. darüber Frank, Kommentar, 2. Aufl., § 43 II.

[3]) Vgl. insbesondere Birkmeyer, Rechtsenc. S. 1045, Olshausen, Kommentar § 43 N. 19 f.

[4]) d. i. der Standpunkt des Reichsgerichts.

bis zum Opfer hintragenden Flinte, sofern das Anlegen und Abdrücken nicht, was allerdings meist der Fall sein dürfte, einen rechtswidrigen Angriff bedeutet. Die Rechtswidrigkeit kann fehlen, wenn man schrecken durfte, aber nicht verletzen. Strafbar wäre das diebische Aufbrechen einer leeren Kasse, das Greifen in eine leere Tasche. Straflos das Schießen auf einen als Mensch angesehenen Baumstumpf; denn auch wenn diese Handlung als Sachbeschädigung strafbar werden kann, ist sie doch als Sachbeschädigung kein Durchgangspunkt für die gewollte Tötung gewesen.

3. Für die Lehre von der Teilnahme haben sich scharfe Gegensätze ergeben zwischen einer mehr oder weniger subjektiven Theorie, welche zwischen Mittätern und Gehilfen wesentlich nur nach dem Willen unterscheidet,[1]) und einer objektiven Theorie, welche die Unterscheidung darnach trifft, ob der eine Mitwirkende eine Hauptbedingung zum Erfolg geleistet hat, während der andere nur untergeordnete Dienste geleistet hat, oder ob alle Mitwirkenden annähernd gleich bedeutende Dienste geleistet haben.[2]) Hierzu tritt noch eine dritte Ansicht, welche de lege ferenda jeden begrifflichen Unterschied, der zwischen verschiedenen Mitwirkenden gemacht werden könnte, verwirft.[3]) Auch hier wird der Gesetzgeber am richtigsten verfahren, wenn er eine Vereinigung zwischen dem subjektiven und dem objektiven Standpunkt anstrebt. Die dritte Ansicht, daß auf alle Mitwirkenden der gleiche Strafrahmen Anwendung finden solle, bedeutet nichts anderes als eine Abstumpfung gegen die Erkenntnis der bestehenden Unterschiede in objektiver und subjektiver Hinsicht, welche die Beobachtung ans Licht gezogen hat. In Wahrheit hat man nicht nur eine subjektive, sondern auch eine objektive Unterscheidung hinsichtlich des durchschnittlichen Werts der Beitragsgröße. Beides läßt sich verbinden.

Diejenigen, welche nicht ausführen, können nach wie vor in Anstifter und Gehilfen geschieden werden. Bei denjenigen Mitwirkenden, welche sich an der Ausführung beteiligen, kann ebenfalls eine Ausscheidung vorgenommen werden, indem man eine Gruppe

---

[1]) Insbesondere vertreten von v. Buri, z. B. GS. Bd. 25 S. 235, Bd. 45 S. 1 f.; in den wichtigsten Punkten auch vom Reichsgericht, z. B. RGE. Bd. 9 S. 75 (77), Bd. 26 S. 351 (53).

[2]) Insbesondere vertreten von Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, 1890, für das geltende Recht auch von v. Liszt, Lehrbuch § 50.

[3]) Die Ansicht, vertreten u. a. von Hermann Seuffert S. 54, wurde von der Int. Krim.Ver., welche einem Antrag v. Liszts beitrat, 1902 zum Beschluß erhoben. Vgl. auch Miler, Mitt. der Int. Krim.Ver. Bd. 10 S. 78.

derselben von den Tätern lostrennt und den anderen Gehilfen beigesellt. Je nachdem es den Mitwirkenden mehr darauf ankam, die Tat ausgeführt zu sehen, oder darauf, einem Genossen dienstbar zu sein (d. h. ihn bei der Ausführung zu unterstützen), wäre Täterschaft bezw. Anstiftung auf der einen Seite, oder aber Beihilfe anzunehmen. Insoweit kann auf die subjektive Scheidung der Mitwirkenden nach dem animus auctoris und dem animus adiutoris Rücksicht genommen werden. Wenn indessen die Bedeutung des vorsätzlich bei der Ausführung geleisteten Beitrags zum Erfolg in Widerspruch tritt zur Intensität des gewollten Verbrechenserfolges, soll der vorsätzlich geleistete Beitrag modifizierend wirken. Es wäre diese Rücksichtnahme auf die objektive Beitragsgröße bei der Ausführung etwa dahin zu fassen: Wenn jedoch bei der Ausführung der Beitrag des einen Mitwirkenden im Verhältnis zu dem eines anderen die Bedeutung untergeordneter Handreichungen nicht überschreitet, ist dieser Beitrag als Beihilfe, der Beitrag des anderen als Täterschaft anzusehen. Es wird dann also für die Tätereigenschaft z. B. keine Rücksicht darauf genommen, ob etwa derjenige, welcher eingestiegen ist und kunstvoll das Schloß erbricht, nur als Werkzeug eines anderen sich betrachten will, der ihm Wache steht oder ihm vorsichtshalber die Leiter hält.

Der Strafrahmen des Gehilfen ist niedriger anzusetzen als der des Täters und Anstifters. Die Rücksicht auf die objektive Beitragsgröße läßt es außerdem sehr erwägenswert erscheinen, ob nicht nach italienischem Vorbild[1]) auch der Strafrahmen für den Anstifter um ein geringes niedriger anzusetzen ist als der des Täters. Denn generell betrachtet fehlt für ihn bei im übrigen gleich schwerer Willensschuld doch das Vorhandensein eigener Ausführungstätigkeit. Unter sonst gleichen Umständen ist aber das Ausführen eines Verbrechens ein schwererer objektiver Erfolg als die Einwirkung auf einen Zurechnungsfähigen, er möge das Verbrechen begehen.

4. Bei der Strafanwendung wird auch ein anderer Maßstab als der des § 73 bei der Beurteilung der Idealkonkurrenz zu wählen sein. Während bisher die mehrfache Schuld an der Herbeiführung einer Mehrheit selbständiger Verbrechen nur durch den nicht erhöhten Strafrahmen des schwersten der verschiedenen übertretenen Strafgesetze gesühnt wurde, sofern ein Bestandteil der Ausführungstätigkeit den mehreren Normübertretungen gemeinsam war, empfiehlt

---

[1]) Vgl. Art. 63 II des ital. StGB.

es sich, diesem einzelnen Merkmal eine so hohe Bedeutung künftig nicht zu belassen. Da der schuldhafte Wille, welcher von zwei einander nicht ein- und nicht ausschließenden Verbrechenstatbeständen gefordert wird, ein selbständig zu würdigender bleibt, auch wenn die Ausführungshandlung für diese Verbrechen zufällig identisch wird, hat die deutsche Rechtswissenschaft im Gegensatz zur Einheit der Schuld den Begriff der Idealkonkurrenz aufgestellt. Z. B. jemand will ein ihm ärgerliches Bild zerstören und zugleich den Maler körperlich verletzen. Während der Maler vor dem Bilde steht, gelingt es dem Täter, beide rechtliche Erfolge durch einen und denselben ausgeführten Schlag zu erzielen. Mag man diese Idealkonkurrenz richtiger Verbrechenskonkurrenz nennen,[1]) oder sie als einen besonderen Fall der Verbrechenseinheit ansehen,[2]) sachlich bedeutet die Aufdeckung dieser Fälle und ihre Unterscheidung von der bloßen Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen einen Gewinn.[3]) Hätte man die Idealkonkurrenz nicht bereits entdeckt, es wäre ein Verdienst dies zu tun. Die Fälle der Idealkonkurrenz grenzen teils nahe an die Verbrechenseinheit, teils nahe an die Realkonkurrenz (d. h. an das völlig selbständige Zusammentreffen von Verbrechen bei der Aburteilung), je nachdem ob der eine Tatbestand das gleichzeitige Mitvorliegen des andern bereits teilweise mitwürdigt oder das Zusammentreffen bei der nämlichen Ausführungstätigkeit ein ganz ausnahmsweises ist. Man vergleiche einerseits das Zusammentreffen von Betrug und Urkundenfälschung, andrerseits das Zusammentreffen von Körperverletzung und Sachbeschädigung, je in der nämlichen Ausführungstätigkeit. Dieser Verschiedenheit der Fälle wird man besser gerecht, wenn man eine fakultative Erhöhung des Strafrahmens beim schwersten Gesetze zuläßt, die jedoch die Summe der Strafrahmen für die mehreren zur Anwendung kommenden Strafgesetze nicht erreicht. Nebenstrafen, die nur bei einem derselben vorgesehen sind, sollen verhängt werden dürfen, auch wenn der Strafrahmen nach einem anderen schwereren Strafgesetz gebildet ist.

5. Der Rückfall ist im geltenden Rechte nur bei einzelnen Ver-

---

[1]) So die überwiegende Ansicht, z. B. Binding, Grundr. § 60.

[2]) So Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen Bd. I 1901.

[3]) A. M. im Gegensatz zur herrschenden Lehre v. Liszt, der die Idealkonkurrenz in älteren Auflagen seines Lehrbuchs ein merkwürdiges Erzeugnis der Schulweisheit nannte und auch jetzt noch die selbständige Bedeutung verkennt; vgl. Lehrb. 11. Aufl. § 56: dem einheitlichen Verbrechen entspricht die eine und einheitliche Strafe. v. Liszt bezieht diesen Satz auch jetzt noch auf die Fälle der Idealkonkurrenz.

brechen Strafschärfungsgrund (insbesondere bei Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betrug). Er ist ferner nur berücksichtigt als gleichartiger Rückfall, d. h. als Rückfall in ein gleiches oder gleichartiges Verbrechen.

In beiden Punkten hat die Reform einzusetzen. Der Rückfällige hat bei vorsätzlichen und bei fahrlässigen Delikten eine größere Schuld als der zum ersten Male Bestrafte. Er hat die kriminelle Warnung unbeachtet gelassen und betätigt daher eine intensiver der Gesellschaft feindliche Gesinnung. Er zeigt sich als einen Menschen, dem es sehr leicht gefallen ist, die vom Verbrechen abhaltenden Motive bei seinem Entschluß zurückzuweisen.[1]) Kurzum, er hat eine ceteris paribus gefährlichere Gesinnung betätigt. Dem hat man bisher nicht genügend Rechnung getragen. Aber es ginge zu weit, bei allen Verbrechen bloß wegen der gefährlicheren Gesinnung des Rückfälligen eine wesentlich erhöhte Strafe anzudrohen. Denn es widerspricht der Bedeutung seines Erfolgs und bei ungleichartigem Rückfall vielfach auch der Bedeutung der Gesinnung, wenn man hier etwa

---

[1]) Während im Jahre 1895 ungefähr 1,2 % der strafmündigen Civilbevölkerung (genau: 1249 auf 100 000) wegen Verbrechens oder Vergehens gegen die Reichsgesetze bestraft wurden, sind von diesen 423 590 Personen innerhalb der nächsten 5 Jahre 29,8 % rückfällig geworden, d. h. sie mußten wegen eines Verbrechens oder Vergehens gegen Reichsgesetze wiederholt gestraft werden. Der Jahresdurchschnitt ihrer Kriminalität ist darnach bedeutend höher als der der übrigen Civilbevölkerung (er beträgt nämlich etwa 6 %).

Unter sämtlichen im Jahre 1895 wegen der bezeichneten Delikte Bestraften wurden innerhalb der nächsten 5 Jahre rückfällig:

15,6 % derer, die 1895 noch nicht vorbestraft waren,
38,7 % „ „ „ 1 mal vorbestraft waren,
55,1 % „ „ „ 2 bis 4 mal vorbestraft waren,
73,6 % „ „ „ 5 und mehrmal vorbestraft waren.

Von sämtlichen im Jahre 1900 verurteilten Vorbestraften, welche eine Vorstrafe in den letzten 5 Jahren erhielten (143 215 Personen), gehörte die letzte Vorstrafe dem gleichen Abschnitt des StGB. an bei 38,1 % (nämlich bei 54 491 Personen). Und zwar gehörte unter den Verurteilungen speziell wegen Diebstahls die letzte Vorstrafe dem gleichen Abschnitte an in 56,8 % der Fälle, unter den Verurteilungen wegen Körperverletzung in 45,2 % der Fälle, unter den Verurteilungen wegen Betrugs und Untreue in 34 % der Fälle.

In dem gleichen Zeitraum, in welchem 1,370 % der Personen mit einer Vorstrafe eine Bestrafung wegen ihres ersten gleichartigen Rückfalls erlitten, erfuhren 7,377 % der Personen, welche schon 5 oder mehr Vorstrafen hatten, eine Bestrafung wegen des nächsten gleichartigen Rückfalls. (Die Gleichartigkeit ist dabei bemessen nach der letzten Vorstrafe.) Der Rückfall in ein gleichartiges Verbrechen ist demnach bei einer 1 mal vorbestraften Person um 5 mal weniger wahrscheinlich als bei einer 5 oder mehrmal vorbestraften Person. (Berechnet aus den Ziffern der Statistik d. Deutsch. Reichs Bd. 139; I 17 f.)

auf Grund mehrfacher Vorstrafen gleich mit Gefängnis oder Zuchthaus nicht unter 10 Jahren einsetzen wollte.[1]) Es gibt leichte Verbrechen, bei denen eine obligatorische Rückfallschärfung, abgesehen von einer mäßigen Erhöhung des Strafrahmens nach oben, dem Volksbewußtsein entschieden und mit vollem Rechte widerspreche. Dahin zählen Urheberrechtsverletzungen, einfache Beleidigungen, leichte Körperverletzungen, Offenbarung von Privatgeheimnissen, auch der kleine einfache Diebstahl seitens ungefährlicher Personen, Ehebruch, einfache Sachbeschädigung, Nötigung, die meisten Fahrlässigkeitsdelikte.[2]) Selbst den kleinen Betrug darf man hieher zählen. Man denke nur an die Überforderungen der Kutscher, Dienstmänner, Fremdenführer u. s. w. in manchen Gegenden. Anders steht es mit den Hochstaplern und den raffinierten Dieben, insbesondere den Dieben im großen Stil.[3])

Daraus wird sich eine verschiedene Behandlung der Rückfälligen ergeben:

a) Jeder Rückfall, auch der ungleichartige Rückfall, soll eine fakultative Schärfung des Strafrahmens nach oben, etwa um ein

---

[1]) Vgl. dem entgegen z. B. Sichart, Zeitschr. f. d. ges. StrRW. Bd. 21 S. 187: „Bei vorliegendem 2. Rückfall darf der Richter nicht unter die Hälfte des Höchstbetrages der für das neu begangene Verbrechen angedrohten Strafe herabgehen." Beim 3. Rückfall ist nach Sichart sogar stets das Maximum der durch das neue Verbrechen verwirkten (sic) Strafe auszusprechen.

Vgl. ferner v. Liszt, Gutachten S. 295: „Wird bei Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens festgestellt, daß der Verurteilte die Begehung strafbarer Handlungen gewerbsmäßig betreibt, so tritt . . . ., wenn er bereits mindestens einmal wegen gewerbsmäßiger Begehung strafbarer Handlungen verurteilt worden ist, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren ein."

Da berührt es noch wohltuend, daß E. Ferri, Die positive kriminalistische Schule S. 55 f., obwohl er sonst mit italienischer Lebhaftigkeit die Vergeltungstheorie falsch beurteilt, hier sachlich ihr doch Rechnung trägt, indem er seine schweren Absonderungsmaßregeln ausdrücklich ausschließt, „wenn der Verbrecher nicht gemeingefährlich und das Vergehen kein schweres ist."

[2]) Treffend bemerkt Binding, Grundr. (6. Aufl.) S. 234, daß es auf den Beweis der verbrecherischen Hartnäckigkeit ankomme. Manche Delikte lassen auf eine solche auch nach mehrfacher Verurteilung noch nicht schließen.

[3]) Wohin man gelangen kann, wenn man das künftige Schutzinteresse über den Vergeltungszweck stellt, dafür gibt gerade bei Rückfälligen ein lehrreiches Beispiel Dr. P. Näcke, Archiv f. Kriminalanthrop. Bd. 3 S. 58—85, welcher auf Grund medizinischer Forschungen für rückfällige Verbrecher ebenso wie für gewisse Geisteskranke die Kastration als wirksames Erschlaffungsmittel empfiehlt. Damit wären wir glücklich wieder bei einer der ärgsten Blüten des Mittelalters angelangt. Eine weitere Kritik des Vorschlags ist überflüssig, da eine Einführung dieser Maßregel vorläufig nicht zu befürchten steht.

Viertel, zur Folge haben, sofern aus den Vorbestrafungen erkennbar ist, daß der Täter durch seine letzte Tat eine Neigung bekundet hat, Rechtsgebote außer Acht zu lassen.

b) Fakultative Erhöhung des Strafrahmens nach oben bis um die Hälfte wäre am Platze, wenn der Rückfall ein gleichartiges Verbrechen betrifft oder auf dem gleichen historischen Anlaß beruht. Hier hat die kriminelle Warnung nicht genügend gewirkt. Die schwerere Schuld kann zwar durch besondere Schuldmilderungsgründe ausgeglichen werden, z. B. fortdauernde Kränkungen. Daher keine obligatorische Strafschärfung. Aber in der Regel sind solche Rückfälle straferschwerender Natur. Der Täter bestimmt sich hier besonders skrupellos zur Begehung des Deliktes.

c) Erhöhung des Strafrahmens nach unten und nach oben (das Strafmaximum etwa bis auf das Doppelte) hat einzutreten bei gleichartigem Rückfall, wenn der Täter nach Art oder Umfang der von ihm begangenen Handlung eine verbrecherische Neigung bekundet hat, welche ihn als gemeingefährlich für erhebliche Interessen der Gesellschaft erscheinen läßt.

Entsprechend den verschiedenen Klassen des Rückfalls ist auch die Rückfallsverjährung zu bemessen (etwa auf 2, 3 und 10 Jahre).

6. Als allgemeiner fakultativer Strafschärfungsgrund ist auch ohne Rücksicht auf Vorbestrafungen die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit anzusehen.

Die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit wird in anologer Weise als Schärfungsgrund abzustufen sein. Nur die Klasse 5a kann wegfallen, da eine gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehung ungleichartiger Delikte nicht leicht isoliert vorkommen wird, d. h. ohne daß gleichzeitig ein Fall der unter 5b und c gedachten Art gegeben wäre. In sehr vielen Fällen der Gewerbsmäßigkeit[1]) wird zugleich eine gemeingefährliche Neigung sich kundgegeben haben. Die Erhöhung des Strafminimums auf 5 Jahre wäre aber zu stark, da die Gewerbsmäßigkeit durchaus nicht immer auch eine besonders

---

[1]) Gewerbsmäßigkeit des Verbrechens ist mit v. Liszt, Zeitschr. f. StrRW. Bd. 21 S. 124, bei diesen kriminalpolitischen Fragen anzunehmen, wenn die wiederholte Begehung strafbarer Handlungen nach der Absicht des Täters die ausschließliche oder doch überwiegende Erwerbsquelle bilden soll. — Die großen Zahlen, welche v. Liszt a. a. O. S. 136 für die Zunahme der Vorbestrafungen anführt (277 % bei den 6maligen Verurteilungen für die Zeit von 1882—1896) dürfen nicht irreführen. Die Statistiken betonen, daß in den ersten Jahren der Statistik die Zahlen der Vorstrafen noch sehr unvollständig waren.

hartnäckige Gesinnung verrät. In einzelnen Fällen kann übrigens auch trotz angenommener Gewerbsmäßigkeit die Gemeingefährlichkeit fehlen. Es wäre ungerecht, einen gewerbsmäßigen alten Bettler unter die Klasse 5c zu stellen.[1]) Auch bei gewerbsmäßigem Plagiat gewisser Zeitungen, bei gewissen gewerbsmäßigen Diebstählen in der häuslichen Gemeinschaft (§ 247) kann schon der ordentliche Strafrahmen oft die richtige Sühne darstellen.

7. Das System der unbestimmten mildernden Umstände in seiner gegenwärtigen Gestalt ist wegen der Unbestimmtheit des Begriffs eine Ungerechtigkeit. Denn hiemit gibt der Gesetzgeber dasjenige zur Entscheidung aus der Hand, was er selbst noch entscheiden sollte. Der Wert einer gesetzlich vorgenommenen Beurteilung eines Verbrechenstatbestandes wird nachträglich durch die mildernden Umstände in wesentlichen Punkten wieder aufgegeben und die Gerichte können ihr Ermessen ziellos schalten lassen. Bei manchen Delikten steigt die ihrem Ermessen überlassene Möglichkeit je nach Annahme oder Verneinung der mildernden Umstände ins Ungeheuere, z. B. bei Münzfälschung (1 Tag bis 15 Jahre), bei aktiver Richterbestechung (1 Tag bis 15 Jahre). Es ist offensichtlich, daß beim Fehlen begrifflichen Inhalts für die mildernden Umstände auch eine Anwendbarkeit nach gleichen Grundsätzen nicht verbürgt ist. So führen sie zur Ungerechtigkeit, welche dadurch verstärkt wird, daß die mildernden Umstände bei einzelnen Delikten und von einzelnen Gerichtshöfen anders aufgefaßt werden als bei andern und daß diese willkürliche Aufgabe eines gesetzlichen Strafrahmens nur bei einzelnen Delikten stattfindet, während die nämlichen als mildernd angesehenen Umstände auch bei anderen Delikten für gegeben erachtet werden können, bei denen ihnen jedoch jede Wirkung auf den Strafrahmen versagt ist.[2])

---

[1]) v. Liszt scheidet die Bettler und Landstreicher (Zeitschr. f. StrRW. Bd. 21 S. 127, Gutachten S. 293, letzteren Orts ohne Begründung) aus. Er sagt aber nicht etwa, daß der Bettler und Landstreicher die drakonischen Strafen v. Liszts nicht verdient habe, sondern sagt nur, die zielbewußte Bekämpfung sei erst möglich wenn die Arbeitsunfähigen den notwendigen Lebensunterhalt, der Arbeitsfähige Recht auf Arbeit besitze. Also wenn ein alter Mann, trotzdem er den notwendigen Lebensunterhalt hat, weiter bettelt, so steht nach v. Liszt nichts im Wege, Zuchthausstrafe nicht unter 5, bezw. nicht unter 10 Jahren für angemessen zu erachten. — Richtig erkennt dem entgegen v. Hippel, Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu 1895 S. 223 an, daß gewohnheitsmäßiger Bettel geringwertiger sei als gewohnheitsmäßiger Diebstahl, Betrug etc.

[2]) Gegen die mildernden Umstände auch v. Liszt § 70 N. 6, Richard Schmidt

Allerdings haben die mildernden Umstände bei ihrer Einführung in Frankreich und bei ihrer Übernahme im Verhältnis zum bisherigen Strafensystem günstig gewirkt. Die damaligen Strafen waren in ihren Mindestmaßen und teilweise auch in ihren Höchstmaßen zu hart. Dem wurde summarisch abgeholfen durch jene eigentümliche Erweiterung des Strafrahmens nach unten. Jetzt aber kann der Gesetzgeber die Strafrahmen von vornherein in entsprechendes Verhältnis zur gegenwärtigen Bedeutung festsetzen. Er braucht nicht mehr den künstlichen Kompromiß zwischen scheinbar festgehaltenen, aber veralteten Strafgrößen und der milder gewordenen Volksanschauung. Der zu weite Strafrahmen ist in mehrfacher Hinsicht schädlich. Das Bedürfnis nach den alten mildernden Umständen wird ersetzt durch die Schaffung neuer spezieller Strafmilderungsgründe, welche oben unter dem Gattungsbegriff der geistigen Minderwertigkeit zusammengefaßt wurden, und durch niedrigere Bemessung zahlreicher ordentlicher Strafminima, z. B. bei Erpressung, Meineid, schweren Diebstahl. Darüber, daß deswegen nicht jeder Strafrahmen bei der geringsten gesetzlichen Strafe anzuheben hat, siehe unten unter VIII 1.

Glaubt man indessen, doch mit Rücksicht auf die Möglichkeit seltener Ausnahmsfälle, ein Überschreiten des vom Gesetze vorgeschriebenen Strafrahmens an seiner unteren Grenze vorsehen zu sollen und hält man die Beschreitung des Gnadenwegs hierfür nicht als ausreichend, so mag man unter veränderter Bedeutung mildernde Umstände immerhin beibehalten, aber einerseits als Ausnahmefall und andererseits als einen allgemeinen Strafmilderungsgrund mit gesetzlich wenigstens angedeutetem Inhalt. Es wäre etwa zu sagen: Eine außerordentliche Strafermäßigung (vielleicht auf $^2/_3$ des außerdem bestehenden Strafminimums) kann eintreten, wenn ein oder mehrere im Gesetze nicht besonders vorgesehene, die Strafe mildernde Umstände in solchem Grad vorliegen, daß die auf den Fall anwendbare gesetzliche Mindeststrafe ihrer Höhe nach als ungerecht erscheint. Die Zulassung einer der Art nach anderen Strafe empfiehlt sich als Regel nicht, weil dies leicht zu willkürlicher Vertauschung der vom Gesetzgeber nach reiflicher Erwägung festgestellten Strafart mit einer vom Richter für angemessener erachteten Strafart führen kann.

8. Außer der Revision der Strafänderungsgründe ist auch die

S. 308. Über die Notwendigkeit einer Beschränkung des gerichtlichen Ermessens im Interesse der Gleichheit und der Verwirklichung der Strafmaße nach der Höhe, welche der Gesetzgeber als angemessen ansieht, vgl. Birkmeyer, Goltd. Arch. Bd. 48 S. 76 f.

Revision eines Strafausschließungsgrundes dringend von nöten, nämlich eine Verbesserung des Instituts der Verjährung.[1])

a) Die Verjährung ist auszugestalten als eine Frist für die Wahrung des staatlichen Strafanspruchs. Es ist angezeigt, daß ein Verbrechen endlich zur Ruhe komme, auch wenn der Verbrecher während der Frist unbekannt oder unerreichbar blieb, nicht nur wenn die Tat unentdeckt blieb. Die Zeit schwächt das Sühnebedürfnis und das Schuldbewußtsein. Sie wirkt daher nicht mehr in ihrer ursprünglichen Gestalt als angemessene Willensrepression. Zu diesem Rechtfertigungsgrunde kommen andere unterstützende Faktoren, welche man zum Teil sogar als den entscheidenden Rechtsgrund der Verjährung ansieht,[2]) z. B. die allmählich eintretende Unbrauchbarkeit der Beweise, weil man nach längerem Zeitraum nicht mehr alle maßgebenden Einzelheiten feststellen kann, die in der Nichtwiederholung des Verbrechens manchmal liegenden Anzeichen einer Besserung, die lange Zeit hindurch vielfach ausgestandene Angst vor der Bestrafung. Faßt man die Verjährung als eine Frist für ein staatliches Interesse an der Bestrafung und für das anzunehmende Erlöschen des Dissonanzgefühls, welches die unvergoltene Tat entstehen läßt und welches als Gefühl einer zu tilgenden Schuld auch beim Täter normalerweise abnimmt, so geht die Forderung an den Gesetzgeber dahin, die Unterbrechung der Verjährung aufzuheben oder sie doch nur in beschränkterem Maße zuzulassen. Wie ist es aber zu halten, wenn erst in den letzten Tagen einer Verjährungsfrist das Verbrechen verfolgbar wird? Hier darf die Frist allerdings nicht unaufhaltlich weiter ablaufen. Während des ungehemmten Laufes des Verfahrens soll die Verfolgungsverjährung ruhen. Sie soll aber ihren Fortgang nehmen, wenn ein Hindernis des Fortgangs bekannt wird, welches im Falle seiner Fortdauer während des weiteren Verfahrens die Beendigung des Verfahrens in der Sache selbst unmöglich machen würde; z. B. ruht darnach die Verjährung, auch wenn die Verhandlung wegen Ladung neuer Zeugen vorübergehend

---

[1]) Die technischen Mängel, z. B. die Unvollständigkeit der Bestimmungen in § 67 und 70 (Binding, Grundr. S. 253, 259), sollen im folgenden beiseite gelassen werden.

[2]) Vgl. über die geschichtliche Entwickelung Binding, Handb. I S. 817 f., über den Widerstreit der Ansichten die Zusammenstellungen von Binding, ebenda S. 323 f., und Hugo Meyer, Lehrbuch S. 321. Binding ist Gegner der Vollstreckungsverjährung, da er den Rechtfertigungsgrund der Verjährung vornehmlich in der Beweisvergänglichkeit erblickt.

ausgesetzt werden muß; dagegen nimmt die Frist ihren Fortgang, wenn der Angeklagte durch Flucht ins Ausland sich der Gerichtsgewalt entzogen hat, soferne seine Anwesenheit in der Hauptverhandlung notwendig ist. Die vorgeschlagene Festsetzung eines für die Regel ununterbrochenen Fristenlaufs soll dem gegenwärtigen Mißstande abhelfen, daß Staatsanwälte sich verpflichtet glauben müssen, die Unterbrechung einer Verjährung durch Veranlassung aller möglichen richterlichen Handlungen so lange wie möglich hinauszuschieben. Wenn der Staatsanwalt sich ernstlich bemüht, so kann er gegenwärtig durch periodische Veranlassung richterlicher Untersuchungshandlungen in den meisten Fällen jedes Verbrechen und Vergehen für die ganze Lebensdauer des Angeklagten unverjährbar machen.[1])

b) Die Verjährungsfrist hat zu beginnen nicht schon mit Beendigung der Tätigkeit. Denn sonst könnte der Täter bei einzelnen Delikten, z. B. Personenstandsveränderung, Vergiftung, den Lauf der Frist wesentlich abkürzen, ja die Tat könnte vor ihrer Vollendung in einzelnen Fällen verjährt sein. Andererseits hat für die Frist nicht unbedingt maßgebend zu sein der Eintritt des Vollendungserfolgs. In Fällen, wo aus Zufall der Erfolg sich lange Zeit hinausschiebt, oder jedenfalls die Schuld des Täters sich nicht mehr fortsetzt, z. B. bei vielen Fahrlässigkeitsdelikten, entspricht das Hinausschieben des Fristbeginns nicht mehr dem zu erfordernden Schuldbewußtsein und Sühnebedürfnis.

Man wird die Verjährung beginnen lassen können mit dem Zeitpunkte, in welchem der Täter den Erfolg nicht mehr hindern konnte. Da sich bei Fahrlässigkeitsdelikten ein Zeitpunkt für das Aufhören der Fahrlässigkeit meist nicht bestimmen läßt, so mag man festsetzen, daß spätestens 3 Jahre[2]) nach Beendigung der Tätigkeit das fahrlässige Delikt zu verjähren beginne, soferne nicht schon früher die Unmöglichkeit eingetreten ist, den Erfolg zu verhindern.

c) Die Verjährungsfrist für die leichteren Vergehen ist abzukürzen und etwas mehr abzustufen. Der Sprung von der 3monat-

---

[1]) Vgl. Olshausen, Kommentar, zu § 68 N. 15 f.; Frank, Kommentar, zu § 68 II 2c.

[2]) Nach der in der Rechtsprechung herrschenden Auslegung des geltenden Rechts kann es gegenwärtig beispielsweise vorkommen, daß wegen einer im Jahre 1874 fahrlässig eingerichteten Ofenanlage ein Baumeister der fahrlässigen Brandstiftung schuldig erklärt wird, wenn im Jahre 1902 aus seiner damaligen längst von ihm vergessenen Handlung ein Brand entsteht. Vgl. Reichsgerichtsentsch. in Strafsachen Bd. 26 S. 261.

lichen Verjährungsfrist bei Übertretungen auf die 3—5jährige Verjährungsfrist bei Vergehen erscheint als zu groß, namentlich im Hinblick darauf, daß auch die Schwere des Unrechts und die Größe der Strafe sich viel allmählicher abstuft. Für die Vergehen, bei welchen nicht mehr als 3 Monate Freiheitsstrafe angedroht ist, erscheint 6monatliche Verjährung als ausreichend, bei Vergehen, welche bis zu 1 Jahr Freiheitsstrafe androhen, eine 1½jährige Verjährung. Es ist aber weiter zu erwägen, ob nicht bei bestimmten Vergehen auch unabhängig von der Maximalstrafe eine Verringerung der Verjährungsfrist, etwa auf 6 Monate oder 1 Jahr, eintreten soll. Handlungen, zu welchen der unvorbereitete Antrieb besonders häufig in einem zufälligen Anlaß besteht, für welche aber beim Täter das Schuldbewußtsein, bei der Gesellschaft das Vergeltungsbedürfnis rascher als bei andern abnimmt, sind: einfache Beleidigungen (nicht Verleumdungen), Schmähungen von Religionsgesellschaften, einfache unzüchtige Handlungen (§ 183), Kanzelmißbrauch (§ 130a).

Es ist ungemein hart, wenn man nach Ablauf von 5 Jahren oder auch nur nach Ablauf eines Jahres noch eine gelegentliche böse Äußerung, die man längst vergessen hat, soll büßen müssen. Die an sich gedankenlose Phrase von der Schnelllebigkeit unserer Zeit kann in diesem Zusammenhang gebraucht gedanklichen Inhalt besitzen.

VIII. Ungezählt bleiben die Verbesserungen, welche das neue Strafgesetzbuch im besonderen Teil des Strafrechts bringen wird. Eine Reihe von sehr förderlichen Verbesserungsvorschlägen bei einzelnen Delikten sind zur sofortigen Durchführung reif.

1. Zu den allgemeineren Verbesserungsvorschlägen gehört der allseitig anerkannte Wunsch nach Beseitigung der Delikte mit Erfolgshaftung. Es entspricht nicht dem geläuterten Gerechtigkeitsgefühl, die Strafe eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Delikts zu verschärfen, wenn ohne nachgewiesene fernere Schuld ein weiterer schwererer Schaden entstand, für welchen der Täter nichts konnte, z. B. wenn eine schwere Körperverletzung sich entwickelt, weil der nur leicht Geschlagene sich fahrlässig keine Schonung auferlegt. — Nicht zu beseitigen sind jedoch gewisse Bedingungen der Strafbarkeit einer schuldhaften rechtswidrigen Handlung, z. B. die Ehescheidung bei Ehebruch und bei Fällen der Entführung.

Im Interesse des Satzes: „Gleiches Recht für alle“ ist auch eine bessere Abstimmung der Strafrahmen zu einander ein Bedürf-

nis. So sind z. B. gegenwärtig mildernde Umstände zugelassen bei Totschlag, bei Notzucht, nicht zugelassen bei Meineid oder der hinterlistigen Kuppelei. Der Versuch einen Menschen, zu verletzen ist straflos, der Versuch eine Sache zu verletzen zu beschädigen ist strafbar. Strafminimum ist bei der einfachen Erpressung 1 Monat Gefängnis, Maximum 5 Jahre, bei der Nötigung, um einen anderen Zweck herbeizuführen, etwa um die Erbeseinsetzung oder eine Ehe zu verhüten, beträgt das Minimum 3 Mark Geldstrafe, das Maximum 1 Jahr Gefängnis. Beim Verrat von Geschäftsgeheimnissen im Falle des § 9 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist das Strafmaximum 1 Jahr Gefängnis, beim Verrat von anvertrauten Privatgeheimnissen (auch Geschäftsgeheimnissen) durch Rechtsanwälte, Notare u. s. w. ist das Strafmaximum nur 3 Monate Gefängnis. Droht jemand einem Gerichtsvollzieher, dessen Kommen erwartet wird, an, er werde der Pfändung gewaltsam sich widersetzen, so ist das Nötigung eines Beamten; Strafe, auch bei mildernden Umständen: Gefängnis. Verübt der Täter mehr, leistet er nämlich dem Gerichtsvollzieher wirklich gewaltsam Widerstand, jedoch ohne ihm dies vorher angekündigt zu haben, so kann er mit einer Geldstrafe davonkommen. Bekannt ist das Schulbeispiel von dem Dieb, der eine Kassette erbricht und nur einen Teil des Betrags entnimmt, oder dem Dieb, der auf der Bahn von der Handtasche einen aufgeschnallten Schirm mittels Ablösens der Riemen sich zueignet: sie wandern nach der ordentlichen Strafe mindestens auf 1 Jahr ins Zuchthaus, während die Mindeststrafe nur einen Tag beträgt, wenn von vornherein die ganze Kassette, die ganze Handtasche weggenommen wird. Allgemein gerügt wird auch das Mißverhältnis von § 159 zu § 160: versuchte Verleitung zum Meineid ist bedroht mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren, vollendete Benützung eines anderen zur Beschwörung eines falschen Eides nur mit Gefängnis bis zu 2 Jahren. Unmöglich zu machen ist auch die Rechtsprechung bezüglich der Tötung auf Verlangen. Ihr zufolge,[1]) ob mit Recht bleibe hier ununtersucht, ist derjenige nur eines Vergehens nach § 216 schuldig, der einem todkranken Freund auf sein Flehen den Gnadenstoß zur Erlösung wirksam versetzt. Er begeht dagegen ein Verbrechen der schweren Körperverletzung (Zuchthaus bis zu 10 Jahren), wenn ihm der Versuch mißlingt, wenn er etwa in der

---

[1]) Vgl. Reichsgerichtsentsch. in Strafs. Bd. 28 S. 200 und dazu Binding, Lehrbuch I S. 35 zu Note 4.

Aufregung schlecht trifft und nur eine schwere Körperverletzung zurückbleibt.[1])

Vielfach sind ferner die Strafminima zu hoch, z. B. bei der Erpressung: Gefängnis nicht unter einem Monat, bei der gefährlichen Körperverletzung: Gefängnis nicht unter 2 Monaten, wofür nur die mildernden Umstände als Remedur bestehen; bei Urkundenfälschung in der Absicht einen Vermögensvorteil zu erlangen (Remedur von der ordentlichen Zuchthausstrafe nur durch mildernde Umstände); bei der Vollstreckung einer milderen als der erkannten Freiheitsstrafe: Zuchthaus bis zu 5 Jahren und bei mildernden Umständen Gefängnis nicht unter 1 Monat. Ebenso erscheint der Sprung des ordentlichen Strafminimums bei Diebstahl, Betrug und einfacher Hehlerei für den wiederholt Rückfälligen von einem Tag Gefängnis auf ein Jahr Zuchthaus als viel zu schroff.

Die Strafminima sind aber durchaus nicht etwa alle gleich der untersten überhaupt möglichen gesetzlichen Strafgröße festzusetzen. Wer dies etwa vertritt,[2]) wird dem Umstande nicht gerecht, daß je nach der Formulierung eines Tatbestandes mit der Bejahung seiner sämtlichen Schuldvoraussetzungen die geringste meßbare Strafgröße sich bereits weit über das absolute gesetzliche Strafminimum erhebt. Es wäre ein Hohn, wenn etwa für denjenigen, welcher einen Mord, eine vorsätzliche Abtreibung wider Willen, eine Entführung zu Unzuchtszwecken oder eine Brandstiftung in der Absicht, unter Begünstigung derselben Raub zu begehen, verübt hat, im Falle bejahter Zurechnungsfähigkeit und vorsätzlicher Schuld eine nur mit 1 Mark Geldstrafe zu wertende Schuld angenommen werden könnte. Auch der noch am ehesten entschuldbare, aber bereits alle Schuldmerkmale erfüllende Fall dieser Art betrifft unmittelbar einen solchen Erfolg, daß die Strafe größer sein muß, als wenn unter sonst gleichen Verhältnissen der Vorsatz einen viel unbedeutenderen Erfolg betrifft.

Mit der künftigen Ausgestaltung der Strafrahmen steht eine andere Erwägung in engem Zusammenhang, die Erhöhung der bisherigen Strafen. Während einerseits behauptet wird, die abschreckende Wirkung der Strafe sei nicht groß genug gegenüber der wachsenden

[1]) Weiteres Material für die ungenügende Abwägung der Strafbestimmungen gegen einander nach dem Werte der Handlung siehe bei H. Seuffert, Mitt. der Int. Krim.Ver. Bd. 7 S. 193, bei Frank, Juristenztg. Bd. 5 S. 239 u. bei Binding, Lehrb. I 21.

[2]) Vgl. Pfenninger, Strafrecht der Schweiz 1890 S. 490, 737. Dagegen jedoch Hugo Meyer, Lehrbuch S. 404.

sozialen Gefährdung[1]) und insbesondere Abschaffung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe verlangt wird,[2]) beobachten wir, daß andererseits die Volksanschauung im Gerichtsgebrauch eher zu größerer Milde als zu größerer Strenge hinneigt. Die Statistik belehrt uns, daß statt Zuchthaus, wo wahlweise oder bei mildernden Umständen Gefängnis zugelassen ist, die Wahl der Gefängnisstrafe langsam im Steigen begriffen ist. In den Jahren 1882—87 wurden bei diesen Delikten 10 340 Zuchthausstrafen ausgesprochen, im Jahre 1900 nur mehr 8189. Ebenso ist bei wahlweiser Zulassung von Gefängnis- und Geldstrafe die Verhältniszahl der Gefängnisstrafe gegenüber der Geldstrafe fast durchweg gefallen. Z. B. von 1000 wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilten Erwachsenen erhielten Gefängnisstrafe im Durchschnitt der Jahre 1889—93 noch 704 Personen, im Durchschnitt der Jahre 1899/1900 nur mehr 549 Personen.[3]) Dieser Bewegung wird man Rechnung tragen müssen. Man braucht dabei durchaus nicht zu fürchten, daß man eines schönen Tages bei dem Satze aus der Corinna anlangt, mit dem Lombroso eines seiner neuesten Werke[4]) schließt: Tout comprendre c'est tout pardonner. Nicht nach Steigerung der Strafen durch häufigere Verhängung von Zuchthaus oder Verlängerung der Freiheitsstrafe[5]) verlangt das Volk, nicht die möglichst lange Internierung der Verbrecher ist das Interesse der Regierung. Auch die Ausantwortung der Strafbemessung von den öffentlich im Strafverfahren Recht sprechenden Gerichten an die Strafvollzugsbeamten wird man sich nicht durch hinkende Vergleiche des Strafvollzugsbeamten mit einem Chirurgen[6]) ablocken lassen. Wenn man sagt, der Chirurg dürfe nicht ohne eigene Überzeugung von der Notwendigkeit einer Operation operieren, während man dies doch

[1]) Aschaffenburg S. 207.

[2]) Aschaffenburg S. 223. A. M. mit Recht: Noyon, Verscherping van Korte Vrijheidsstraffen, 1896, S. 52.

[3]) Vgl. dazu Statistik des Deutschen Reichs Bd. 139 I 32—34.

[4]) Lombroso, Die Ursachen und Bekämpfung des Verbrechens S. 403.

[5]) A. M. Aschaffenburg, welcher S 210 bemerkt: „Ich freue mich stets, in der Begründung eines Urteils häufige Vorstrafen als Anlaß der Strafverschärfung angeführt zu sehen. Aber die fortwährende Rücksichtnahme auf das geschädigte Rechtsgut hindert die Durchführung dieses Prinzips und ruft Urteile, wie die oben erwähnten, hervor“ (welche nämlich auch die Bedeutung der konkreten Angriffsrichtung mit berücksichtigen). — Gottlob, daß trotz der Notwendigkeit, die Rückfälligkeit zu berücksichtigen, auch die Art des Verbrechens mit berücksichtigt wird und nicht gegen alle Rückfälligen mit den schwersten Strafen vorgegangen wird, sondern nur gegen die gemeingefährlichen.

[6]) Vgl. Aschaffenburg S. 228.

dem Vollzugsbeamten zumutet, so wird dabei vergessen, daß der schuldhafte Wille etwas anderes ist als eine physische Krankheit. Mit demselben Rechte könnte der Scharfrichter verlangen, sich vorher von der Notwendigkeit der Vollstreckung des Todesurteils überzeugen zu dürfen. Verurteilung und Strafvollzug läßt sich eben trennen und wird zweckmäßig geteilt, da der Vollzugsbeamte eine rechtliche Verfügungsgewalt über den Sträfling in gewissem Umfang bekommen muß, Operation und vorherige Untersuchung des Operationsfeldes läßt sich dagegen nicht trennen.

Vielmehr geht das Interesse des Volkes und der Regierung dahin, den Strafvollzug innerhalb der Grenzen der Vergeltung und der Humanität möglichst wirksam zu gestalten. Allerdings wäre es grundverkehrt, wollte man aus verfehlter Philanthropie die Zuchthäuser und Gefängnisse zu wahren Lustaufenthalten umgestalten, wie dies in Amerika vorgekommen ist.[1]) Der Strafvollzug soll ernst und wirksam sein; dies ist aber am besten zu erreichen durch eine Reform seiner Ausgestaltung (vgl. oben unter IV). Ein allgemeines Bedürfnis nach Verlängerung der Freiheitsstrafe, z. B. bei allen gewerbsmäßigen Tätern oder nach Abschaffung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe ist nicht zu konstatieren. Jedenfalls reicht die Härte vorläufig aus, welche in der strammeren einheitlichen Organisation des Strafvollzugs liegt.[2]) Nur bei wenigen Delikten empfiehlt sich eine Hinaufsetzung des Strafrahmens nach oben, z. B. bei § 300, ferner bei boshafter, Ärgernis erregender Tierquälerei,[3]) bei § 277,[4]) endlich bei Rückfall in den oben eng umschriebenen Grenzen. Die Fälle, wo das Strafminimum ohne Schaden für das deutsche Volk herabgesetzt werden kann, oder wie bei den bisherigen Erfolgshaftungsdelikten die Strafmehrung zu beseitigen ist, machen die Mehrheit aus. Im ganzen betrachtet braucht sich bei entsprechender Organisation des Strafvollzugs die durchschnittliche Strafhöhe der Delikte überhaupt nicht wesentlich zu verschieben.

Eine Einschränkung ist weiterhin geboten in der Zahl der Strafbestimmungen.[5]) Kaum der Berufsjurist, ja kaum der Staats-

---

[1]) Vgl. die berühmte Schilderung von Wach, Reform der Freiheitsstr. S. 47 f.

[2]) Sehr beherzigenswert bemerkt schon Montesquieu, Esprit des lois, Buch 6 c. 12: Il ne faut point mener les hommes par les voies extrêmes, on doît être menager des moyens que la nature nous donne pour les conduire.

[3]) Vgl. damit übereinstimmend v. Hippel, Tierquälerei S. 139.

[4]) Gl. M. wohl Binding, Lehrbuch II 233.

[5]) Durchaus zutreffend Birkmeyer in Goltd. Arch. Bd. 48 S. 79, Frank, Deutsche Juristenztg. Bd. 5 S. 240.

anwalt vermag mehr vollständig anzugeben, welche gesetzlichen Bestimmungen über das Verbotensein existieren, geschweige denn, daß er anzugeben vermöchte, was alles verboten ist und was noch in das Gebiet des Erlaubten fällt. Zu viele Strafdrohungen schwächen das Interesse für die Gesetzesbeobachtung, die Autorität des Gesetzgebers und die der Strafe. Sie stören endlich gewissenhafte Menschen im Vergleich zu den skrupelloseren in der wünschenswerten Entwicklung ihres ganzen Lebens und Treibens. Das Bevormundungssystem des Polizeistaats führt auch die Polizei zu ungesundem Nachspüren nach Kleinigkeiten.

Vieles könnte auch gewonnen werden hinsichtlich der Erkenntnis der Bedeutung manches Unrechts durch Verbesserungen der Systematik. Dahin wäre z. B. zu rechnen die Ordnung in dem unklaren Sammelabschnitt strafbarer Eigennutz, gemeingefährliche Delikte, Delikte gegen die öffentliche Ordnung. Gleichartiges läßt sich dann gleichmäßiger behandeln. Eine verbesserte Systematik bewirkt auch eine reinlichere Abgrenzung der Verbrechensbegriffe gegeneinander, z. B. Diebstahl, Unterschlagung und Betrug;[1]) Unterschlagung und Untreue; Raub und Erpressung; Nötigung und Freiheitsberaubung.[2])

2. Viele Tatbestandsmerkmale, deren Sinn mehrdeutig und streitig ist, werden, soweit der Streit kriminalpolitisch von Bedeutung ist, durch Begriffsbestimmungen zu erläutern sein.

Nach dem Beispiel anderer Gesetze (vgl. z. B. das holländische StGB. Art. 78 f.) empfiehlt es sich, teils in einem Abschnitt des allgemeinen Teils, teils bei den Abschnitten des besonderen Teils öfter wiederkehrende Ausdrücke festzulegen, z. B. Öffentlichkeit, Widerrechtlichkeit, Gemeingefahr, Nachtzeit, Unternehmen, Gewalt, Waffe, gefährliches Werkzeug, unzüchtige Handlung, berechtigtes Interesse.

Der Begriff Urkunde wird zu beschränken sein auf Schriftstücke mit gedanklichem Inhalt; die Fälschung von bloßen Beweiszeichen steht mindestens kriminalpolitisch nicht auf gleicher Stufe.[3])

Bei der Körperverletzung wird das Recht des Eingriffes zu

---

[1]) Man denke nur an die Streitfrage bezüglich der Subsumtion einer rechtswidrigen Geltendmachung von Forderungen aus fremden Sparkassebüchern.

[2]) Eine wahre Fundgrube für Verbesserungen der Systematik, speziell auch der Abgrenzung der Verbrechensbegriffe gegen einander bilden die analytischen und synthetischen Untersuchungen von Binding in seinem Lehrbuch des Strafrechts, besonderer Teil.

[3]) Gl. M. Binding, L. 2, 154, P. Merkel, Die Urkunde etc. S. 231 N. 1.

Heilzwecken und zu Versuchszwecken auf eine gesicherte Grundlage zu stellen sein. Man ist zwar darüber klar, daß der Arzt, welcher mit Einwilligung des Patienten zu dessen Heilung eine geglückte Operation ausführt, nicht strafbar handelt, aber große Zweifel bestehen darüber, welches der Rechtsgrund dieser Straflosigkeit gegenüber dem Verbote der Körperverletzung ist. Daraus ergibt sich für die Umgrenzung des erlaubten Eingriffs die hochwichtige Frage, welche der oben angegebenen Merkmale fehlen dürfen, ohne daß die Straflosigkeit entfiele. In der Praxis sind verschiedentlich Aufsehen erregende Fälle der Verurteilung wegen Fehlens einzelner von jenen Merkmalen vorgekommen, so daß sich das Bedürfnis nach gesetzlicher Umgrenzung kaum leugnen läßt.

Man hilft sich gegenwärtig wohl mit der Annahme eines ärztlichen Berufsrechtes.[1]) Ein solches würde aber den sicher straflosen Fall nicht decken, daß eine medizinische Berühmtheit des Auslandes oder ein Nichtarzt, der einen bestimmten Eingriff vielleicht versteht, aber diesen Heilberuf nicht ausübt, die Operation zu allseitiger Zufriedenheit ausführt. Es entbehrt der Stütze auch deshalb, weil sowohl der ärztliche Beruf freigegeben ist, als auch seine Ausübung nicht nur für den Fall erlaubt ist, daß sie berufsmäßig erfolgt.

---

[1]) So z. B. v. Liszt, Lehrb. § 35 III im Text. In Anm. 5 hierzu wird jedoch praktisch diese Theorie wieder sehr eingeschränkt, indem anerkannt wird, daß der Heilberuf freigegeben ist. Abgesehen von der in der Luft stehenden Konstruktion dieses Berufsrechts zu Verletzungen wider Willen des Patienten käme man zu dem bedenklichen Ergebnis, daß die Operation, welche jemand nicht in Ausübung eines Berufs, sondern nur in einem Ausnahmsfalle vornimmt, strafbar wäre. Daß dies v. Liszts Ansicht ist, dafür sprechen auch seine Bemerkungen zu § 87 III. Wer abgesehen von ärztlichen (und sonstigen berufsmäßigen) Eingriffen einen anderen mit dessen Einwilligung körperlich verletzt, ist nach v. Liszt § 87 III wegen Körperverletzung strafbar; z. B. wer, ohne damit einen Beruf auszuüben, einem anderen eine Warze abbindet, ihm einen Zahn auszieht, ihn impft, ihn im freiwilligen Ringkampf zu Boden niederdrückt, oder ihm probeweise einen leichten Schlag oder Stich versetzt, etwa damit beide wissen, ob man etwas spürt, wer einen giftigen Schlangenbiß dem Gebissenen auf Verlangen ausbrennt oder wer zu Zwecken der Transplantation ein Stück Haut ablöst. Dem Ungeheuerlichen dieser Theorie sucht v. Liszt dadurch die Spitze abzubrechen, daß er uns damit tröstet, das Gericht habe ja die Macht, in allen Fällen der Körperverletzung, also auch da, wo der Verletzte die Handlung selbst wünschte, bis auf 3 Mark Geldstrafe herabzugehen. Nach der Theorie v. Liszts wäre dagegen der Körperverletzung nicht schuldig, wer gegen den ausdrücklichen Willen des Zurechnungsfähigen eine nützliche, aber nicht notwendige, äußerst schmerzhafte Operation an ihm vornimmt.

Auch H. Meyer, Lehrbuch, nimmt ein Berufsrecht an, verlangt aber außerdem noch Einwilligung. Vgl. S. 271.

Man beruft sich ferner darauf, daß Eingriffe mit Heilerfolg oder zu Heilzwecken[1]) überhaupt keine Körperverletzung seien oder doch wenigstens als solche nicht gestraft werden können. Soweit hierbei auf die Unterstützung durch die Einwilligung verzichtet wird, kommt man zur Strafbarkeit des Versuchs am menschlichen Körper, zur Strafbarkeit der Transplantation der Haut von dem Körper eines anderen, der Strafbarkeit der Schmerzzufügung mit Einwilligung, da man von diesem Standpunkte aus die Straflosigkeit, welche tatsächlich besteht, nicht zu erklären vermag. Zudem ist die rechtliche Begründung eine ziemlich unsichere. Man kann zwar sagen: Eine Heilbehandlung ist keine Mißhandlung. Allein die Analogie zur Beleidigung und Sachbeschädigung weist darauf hin, daß hierzu jedenfalls noch Einwilligung erforderlich wäre. Eine Liebkosung ist keine Beleidigung; gegen den Willen des anderen vorgenommen kann sie aber trotz des Liebkosungswillens und Liebkosungserfolgs als Beleidigung erscheinen. Die Veränderung an einer fremden Sache zum Zwecke der Verbesserung mag in den Augen der Mehrzahl als Verbesserung erscheinen, vom Standpunkte desjenigen, der an einer bestimmten Gestalt der Sache ein Interesse hatte, ist sie bei fehlender Einwilligung Sachbeschädigung. Ähnlich steht es auch bei der Heilbehandlung gegen den Willen dessen, der ein Recht an seinem Körper hat. Mancher zieht eine langwierigere, aber weniger schmerzhafte Kur dem an sich viel vernünftigeren operativen Schnitte vor. Ist in Wahrheit der Heilzweck oder Heilerfolg maßgebend, so müßte er auch bei vorsätzlicher Operation gegen den Willen des Kranken nur eine strafbare Willensmißachtung

---

[1]) Für erstere Ansicht z. B. Stooß, Schweiz. Zeitschr. f. Strafr. Bd. 12 S. 24 f. (29), Juristenztg. Bd. 4 S. 184 f; für letztere z. B. v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung etc. 1899 S. 37, 56, Heimberger, Strafr. und Medizin 1899 S. 38 f. Von den beiden letztgenannten nimmt Heimberger an, der ärztliche Eingriff sei überhaupt keine Mißhandlung, v. Lilienthal dagegen, er werde durch den Zweck zur erlaubten Körperverletzung. — Mit Heimberger im Grundgedanken übereinstimmend Binding, Lehrb. I S. 57, 58, der jedoch darin weiter geht, daß er bei fehlender Einwilligung nur wegen Willensmißachtung strafen will. — v. Bar, Gerichtssaal Bd. 60 S. 81 (95) führt aus, die mit Zustimmung des Betroffenen zum Zwecke der Heilung und nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft für ratsam erklärte und nach den Regeln eben dieser Wissenschaft auch richtig ausgeführte Operation sei keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes. — Er und v. Lilienthal nähern sich damit praktisch der Einwilligungstheorie. Denn sie bedürfen ihrer, um die Körperverletzung auszuschließen. Sie erklären sie nur für nicht ausreichend. Es fragt sich da nur, ob dann der Heilzweck der richtige ergänzende Umstand ist.

übrig lassen.[1]) Bei fahrlässiger Nichtbeachtung der fehlenden Einwilligung läge Straflosigkeit vor. Mißglückt eine Operation, so ist jedenfalls eine objektive Mißhandlung gegeben, wenn man den Erfolg entscheiden läßt. Bei fehlender Einwilligung muß dann stets wegen vorsätzlicher Körperverletzung gestraft werden.[2]) Läßt man den Heilzweck entscheiden, so ist bei einer mißlungenen Operation, welche wider Willen des Patienten ausgeführt wurde, diese Folge vermieden, aber es bleibt die bedenkliche Konsequenz, daß derjenige, welcher unter vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen des anderen Willen fahrlässig eine schwere Körperverletzung durch falsche Operation verursachte, nur fahrlässiger Verletzung schuldig wird.

Die Erklärung der Straflosigkeit durch Heilzweck oder Heilerfolg liefert demnach den Körper, wenn auch nicht den Willen des freien Menschen jedem beliebigen Heilkünstler praktisch aus. Wenn eine sehr schmerzhafte Operation nur eine unbedeutende Krankheit beseitigt, aber rationell ausgeführt wurde, so wird die physische Mißhandlung ignoriert und nur die intellektuelle Willensmißhandlung gestraft. Aus allen diesen Gründen wird denn doch die Einwilligung vielfach als Rechtfertigungsgrund mit herangezogen, zumal für die Fälle, in welchen die ausschließliche Betonung von Heilerfolg oder Heilungszweck dem Volksempfinden zuwiderläuft.[3])

Man wird aber wegen der bedenklichen Grundlage jener Theorien und wegen der Unmöglichkeit, mit ihnen Eingriffe zu erklären, welche, wie z. B. die Transplantation, allem Anschein nach den gleichen Rechtsgrund der Straflosigkeit haben, wie die Eingriffe zu Heilzwecken[4])

---

[1]) Dies ist denn auch die folgerichtige Ansicht v. Binding, Lehrb. I 56, 57; ähnlich Landau, Arzt und Kurpfuscher 1899 S. 12.

[2]) Denn es liegt dann ex tunc eine Körperverletzung vor, da der rechtfertigende Heilungserfolg ausblieb.

[3]) Vgl. z. B. v. Bar a. a. O. S. 95, Heimberger S. 64, v. Lilienthal S. 30, 45, Richard Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes 1900 S. 56.

[4]) Man denke z. B. an die Beseitigung von bloßen Schönheitsfehlern, für welche der Heilzweck oder Heilerfolg wohl ebensowenig den Rechtfertigungsgrund abgibt, wie bei schweren Operationen, bei welchen nur ein Übel mit dem anderen vertauscht wird, ohne daß man allgemein gültig sagen könnte, eines sei besser als das andere, z. B. bei Vertauschung eines Siechtums mit Krüppelhaftigkeit durch Amputation. Hier liegt es besonders nahe, den Willen des Patienten als die entscheidende Instanz dafür anzusehen, ob eine rechtswidrige Körperverletzung oder eine rechtmäßige vorliegt, nicht den Willen oder Erfolg eines Fremden, z. B. eines Arztes, dem doch nur in Ausnahmsfällen der menschliche Körper in die Gewalt gegeben ist und auch da nur in beschränktem Maße, z. B. nach dem Impfgesetz vom 8. April 1874, nach dem Ges., betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, vom 30. Juni 1900.

als Rechtfertigungsgrund ganz allgemein die Einwilligung annehmen dürfen. Gegen ihre Gültigkeit läßt sich nicht anführen, daß das Rechtsgut der Integrität des menschlichen Körpers der freien rechtlichen Disposition des einzelnen nicht unterstehe; denn es kommt nur darauf an, ob das Recht dem einzelnen die tatsächliche Disposition, soweit sie eine unwiderrufliche Bindung nicht enthält, belassen wollte oder auch sie für rechtswidrig erklärt. Es ist nun zweifellos, daß ebenso wie bei dem gleichfalls unverzichtbaren Rechtsgut der Ehre auch die tatsächliche Disposition über den eigenen Körper dem einzelnen überlassen bleiben wollte, soferne sie nicht in eine rechtliche Bindung übergeht.

Es bestehen aber noch weitere Zweifel, in welchem Maße die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung ausschließt, ob nur die Rechtswidrigkeit der leichten (bezw. der ungefährlichen) Körperverletzung[1]) oder auch die der schweren Körperverletzung.[2]) Die letztere Ansicht hat nach dem geltenden Rechte mehr für sich.[3])

Die Einwilligung gibt demnach den Grund der Rechtmäßigkeit für viele Fälle der Körperverletzung ab, allein auch sie erscheint nicht in allen Fällen als ausreichend. Wie rechtfertigt sich der Eingriff gegenüber einem bewußtlosen Unbekannten, wie rechtfertigt er sich, wenn während einer Operation sich die Notwendigkeit herausstellt, im Interesse der Genesung den Eingriff weiter auszudehnen, als bei der ursprünglich eingeholten Einwilligung erlaubt worden war? In diesen Fällen wird man sich wohl auf ein praktisch stets gehandhabtes Gewohnheitsrecht berufen können, daß die Einwilligung zu Eingriffen für Heilzwecke zu vermuten ist, soweit nicht die Umstände des Falles auf ein Verbot des Eingriffs hinweisen.[4])

---

[1]) Hierfür z. B. v. Bar, Gerichtssaal Bd. 60 S. 83; v. Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht (Festgaben für Regelsberger) S. 13; H. Meyer, Lehrb. S. 472; Merkel, Lehrb. S. 170.

[2]) Hierfür z. B. Binding, Lehrb. I S. 44; Heimberger S. 23; Olshausen, Kommentar zu § 223 N. 9; v. Lilienthal S. 27 f. Über die Begründung vgl. Binding a. a. O.

[3]) Gibt man zu, daß die Einwilligung die Straflosigkeit trägt, so wird, soweit Einwilligung vorhanden ist, die Frage von untergeordneter Bedeutung, ob die mit Einwilligung vorgenommene Heilbehandlung überhaupt keine Mißhandlung ist und sich nur im Falle des Mißerfolgs in eine solche verwandelt oder ob sie ähnlich der erlaubten Sachverbesserung nur einen Fall erlaubter Körperverletzung darstellt.

[4]) Vgl. dazu Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen, 1892 S. 16 f., der jedoch alle erlaubten Eingriffe auf Gewohnheitsrecht stützt. Ferner v. Bar, Gerichtssaal Bd. 60 S. 97, der hier gleichfalls eine Präsumtion annimmt. — Eine Bestätigung für die Präsumtion liegt auch darin, daß man sich bei unzurechnungsfähigen Kranken, z. B. bei Fiebernden, begnügt, mit der Einwilligung der

Auf den Rechtsgrund seltener Fälle (z. B. der Perforation oder der Rettung eines Kindes im Mutterleibe wider Willen der Mutter durch ungefährliche Operation[1])) näher einzugehen, ist hier nicht der Ort.[2]) Es war aber zu zeigen, daß der bestehende Rechtszustand eine Quelle von Zweifeln ist, welche das allgemeinere Interesse wegen ihrer praktischen Bedeutung in Anspruch nehmen.[3]) Das Bedürfnis nach einer Kodifikation ist darnach ein fühlbares und man darf gegen die gesetzliche Feststellung bestimmter Grundsätze nicht einwenden, daß damit die ärztliche Berufstätigkeit in Fesseln geschlagen würde.[4]) Es würde vielmehr für die ärztliche Berufstätigkeit einerseits, für den Schutz des Publikums andrerseits eine sichere Grundlage geschaffen.

Der Gesetzgeber würde zweckmäßig vielleicht folgende Grundgedanken annehmen:

---

nächsten Angehörigen, etwa der Ehefrau, ohne Rücksicht darauf, ob sie gesetzliche Vertreterin ist und eine wirksame Disposition über den Kranken hat.

[1]) Vgl. das Beispiel bei Binding, Handb. I S. 58 a. E.

[2]) Wenn die Mutter eine gefährliche Operation zur Rettung des Kindes durchzumachen sich weigert, geht ihr Interesse als das überwiegende vor. Dagegen handelt sie rechtswidrig, wenn sie zu gleichem Zweck einen unbedeutenden Eingriff verweigert. Der Arzt darf dann vom Gesichtspunkte der Notwehr den Angriff der Mutter auf ein geschütztes Rechtsgut (Leben des Fœtus) verhindern. Ebenso steht es mit dem gesetzlichen Vertreter, welcher die Einwilligung zu einer notwendigen Operation verweigert. Er begeht damit eine Körperverletzung oder Tötung durch Unterlassung. Dagegen ist Nothilfe zulässig. Die erforderliche Einwilligung zur Operation kann auch der Minderjährige selbst geben und verweigern, wenn er 7 Jahre alt ist und tatsächlich die Bedeutung derselben erkennen kann (§ 107 BGB. entscheidet hierüber nicht. Gl. M. wohl Frank S. 79). Seine Weigerung kommt jedoch bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht in Betracht. Bei Gefahr im Verzug kann, wo das Verbot des gesetzlichen Vertreters einen rechtswidrigen Angriff auf die Gesundheit des Vertretenen bedeutet, die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts präsumiert werden. — Eingriffe gegen den Willen eines Zurechnungsfähigen sind nach geltendem Rechte nur gerechtfertigt, wenn der Verbietende durch sein Verbot einen tauglichen Selbstmordversuch begangen hat. Denn es ist eine fest eingewurzelte Gewohnheit, daß man Selbstmörder wider Willen an ihrem Vorhaben hindern darf. A. M. Stern, Gerichtssaal Bd. 60 S. 458. Auf die Hinderung derer, welche sich bloß eine Körperverletzung zufügen wollen, bezieht sich das Gewohnheitsrecht nicht.

[3]) Auch eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Literatur fällt außerhalb des Rahmens dieser Aufgabe. Reiche Literaturangaben bei v. Bar a. a. O. und bei Binding, Grundr. § 74 und § 77.

[4]) Gegen gesetzliche Regelung Stooß, Schweiz. Zeitschr. f. Strafr. Bd. 6 S. 60; Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe 1896 (Diss.) S. 89. Dafür jedoch mit Recht Oppenheim, Schweiz. Zeitschr. f. Strafr. Bd. 6 S. 352; Frank, Komm., 2. Aufl. S. 278 zu Ziff. II 3.

Die Einwilligung in leichte Körperverletzungen schließt deren Rechtswidrigkeit aus. Auf ihre Widerruflichkeit kann nicht verzichtet werden.[1]) Einwilligung in einen lebensgefährlichen Eingriff (also auch in den eventuellen Eintritt einer schweren Körperverletzung, wenn mit dieser Folge als einer nahen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muß) schließt die Rechtswidrigkeit nur aus, wenn der Eingriff zu Heilzwecken und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen wird. Die Einwilligung darf vermutet werden, soferne nicht nach Lage des Falles anzunehmen ist,[2]) daß der Eingriff dem Willen des Kranken widerspricht. Der Widerspruch eines gesetzlichen Vertreters darf unbeachtet bleiben, wenn die Unterlassung des Eingriffs eine schwere Körperverletzung oder den Tod befürchten läßt und Gefahr im Verzuge besteht.

3. Verschiedene Verbrechensbegriffe bedürfen einer Umgestaltung. Einzelne Beispiele mögen dies veranschaulichen.

a) Ungemein groß ist die Zahl der jährlichen Verurteilungen wegen Beleidigung.[3]) Auch die gegenwärtige prozessuale Einschränkung der Verfolgung dadurch, daß in der Regel der Beleidigte zu der unbequemen Privatklage greifen muß, genügt nicht, um die Überempfindlichkeit angegriffener Personen stärker einzudämmen. Die Unzahl der Beleidigungsprozesse ist kein Segen für das Volk. Das öffentliche Vergeltungsbedürfnis ist ein geringes. Im Interesse der Gleichheit aller gleich Schuldigen müßte man die Bestrafung aller Beleidiger verlangen. Dann müßte aber nach der gegenwärtigen Ausdehnung der Strafbarkeit der Beleidigung noch weit mehr gestraft werden, obwohl doch die Gesellschaft bei der einfachen Beleidigung ein geringes Interesse hieran hat.

Man hat mit sehr beachtenswerten Ausführungen versucht, die Beleidigung begrifflich zu beschränken auf die Zufügung eines absichtlichen objektiven Seelenschmerzes.[4]) Die Beschimpfung juristischer

---

[1]) Einwilligung in schwere Körperverletzungen für rechtmäßig zu erklären, hat der Gesetzgeber keinen genügenden Grund. Sie ist als Strafmilderungsgrund zu betrachten.

[2]) Bei mangelnder Einwilligung läge darnach nicht bloße Willensmißachtung (Binding, Lehrb. I S. 58) vor, sondern strafbare Körperverletzung. Diese Lösung stimmt auch besser überein mit einem analogen Fall bei der Ehrverletzung. Beleidigung liegt an sich nicht vor in einer Liebkosung. Durch mangelnde Einwilligung dagegen kann das Gegenteil der Beleidigung sich in eine Beleidigung verwandeln, trotz Vorhandenseins eines Liebkosungszwecks.

[3]) Im Jahre 1900 wurde in 75881 Fällen verurteilt, in 15017 Fällen freigesprochen, in 6565 Fällen eingestellt.

[4]) Vgl. v. Bar, Gerichtssaal Bd. 52 S. 86 f.

Personen oder von Personen, wenn sie die Beleidigung nicht empfinden können, z. B. häufig Wahnsinnige, Kinder, wäre dann nicht mehr strafbar. Man hat mit ebenso scharfsinnigen Untersuchungen versucht, den Begriff der Beleidigung zu beschränken auf Angriffe gegen die sittliche und rechtliche Integrität,[1]) oder auf die Erklärung sittlicher Mißachtung.[2]) Darnach wären Schimpfworte, welche lediglich Intellektsmängel vorwerfen, z. B. Esel, Rindvieh, keine Beleidigungen.

Als Gesetzesvorschlag enthalten diese Beschränkungen einen durchaus gesunden Kern.[3]) Die Rechtsprechung im geltenden Recht und die in Privatklage und Verteidigungsvorbringen zu Tage tretende Volksanschauung über das geltende Recht steht indessen auf dem Standpunkte, jede vorsätzliche Behandlung eines anderen nach einem Wertmaßstab, den er augenblicklich nicht verdient, also jede vorsätzliche indirekte oder direkte Herabsetzung des gegenwärtig verdienten rechtlichen, sittlichen, religiösen, ästhetischen, intellektuellen, körperlichen Wertes einer Person als Beleidigung anzusehen und nur eine Herabsetzung seiner Sachgüter hiervon auszunehmen. Jede Art der genannten ungerechtfertigten Angriffe genügt, soferne nicht der gleichfalls viel umstrittene § 193 StGB. Schutz gegen Bestrafung gewährt.

Dem Überwuchern der Beleidigungsprozesse mit der symptomatischen Neigung von Personen, die im Armenrechte streiten können, ihre zart besaitetere Ehre durch nützliche Vergleiche wiederherzustellen, muß entgegengetreten werden.

Absichtliche Herabsetzung verdienter Wertschätzung durch wissentlich unwahre Behauptung von Geschehnissen, welche die Achtungswürdigkeit zu vermindern geeignet sind, wäre nach wie vor als Verleumdung zu strafen (Antragsdelikt). Auch außerdem sind die gleichen Behauptungen, wenn sie nicht in positivem gutem Glauben an ihre Beweisbarkeit vorgebracht werden (üble Nachrede), sowie alle beschimpfenden Urteile über die Person eines Andern zu strafen, aber nur im Falle ihrer öffentlichen Begehung. Bei der Verhängung öffentlicher Strafe muß ein öffentliches Strafbedürfnis gegeben sein, das bei öffentlicher Ärgerniserregung allerdings besteht.

Wenn jemand dagegen privatim durch Schimpfworte beleidigt wird, sollte dies seine Ehre nicht so anfechten, daß er öffentliche

---

[1]) Vgl. Binding, Lehrbuch Bd. I S. 143 f.

[2]) Vgl. Kohler, Goltd. Arch. Bd. 47 S. 29 f.

[3]) So wohl auch Frank, Kommentar, 2. Aufl. S. 241.

Hilfe der staatlichen Strafgewalt anrufen muß.[1]) Beschimpfungen durch Gebrauch von Tiernamen u. s. w. fallen auf den Angreifer zurück. Möglicher Weise sind sie aber strafbarer grober Unfug.

Dagegen mag man künftig für alle Fälle der Behauptung unwahrer herabsetzender Tatsachen eine Zivilklage auf Feststellung ihrer Unwahrheit und Unterlassung der Wiederholung jener Tatsache zulassen.

Die tätliche Beleidigung ist, auch wenn sie privatim erfolgte, zu bestrafen; angemessen wäre hiefür etwa der Strafrahmen der öffentlichen Beleidigung.

Im Interesse gewisser Ausnahmeverhältnisse (z. B. häusliche Gewalt, frei zu belassende Kritik) erscheint es richtig, auch künftig Ausnahmen von der Rechtswidrigkeit der Beleidigung vorzusehen.[2]) Dahin sind zu rechnen die Rügen, welche innerhalb eines Abhängigkeitsverhältnisses gegen den Abhängigen gebraucht werden. D. h. also Rügen des Vaters gegen den Sohn, des Dienstherrn gegen den Dienstboten, des Vorgesetzten gegen den Untergebenen sind, auch soweit sie bewußt übertrieben sind, kein Delikt, z. B. der Vater nennt seinen Sohn einen Erzfaulenzer, auch wenn nur ein einziger Fall von Unfleiß vorliegt. Ferner sind hieher zu rechnen tadelnde Äußerungen, welche zur Wahrung öffentlich anerkannter Interessen (anvertrauter wie eigener Interessen) am zuständigen Orte gemacht werden, soferne sie nicht Verleum-

---

[1]) Bereits für das geltende Recht vertritt Kohler, Goltd. Arch. Bd. 47 S. 20 die Ansicht, daß Äußerungen im Familienkreise straflos sind. — Wird hierfür der Nachweis auch schwerlich gelingen, so ist doch eine Reform in dieser Richtung dringend erwünscht. Man hat empörende Fälle erlebt, wo Horcher an der Wand denjenigen in ihre Gewalt bekamen, der im engsten Familienkreis seinem Ärger über irgend etwas durch einen Kraftausdruck Luft gemacht hatte. Wenn z. B. Mann und Frau sich nicht einmal unter sich über ihre Gedanken und Verdachte frei sollen aussprechen dürfen, ohne Verrat hinter dem Schlüsselloche besorgen zu müssen, dann ist es um Hausrecht und Familienfreiheit schlecht bestellt, schlecht aber auch um ein Staatswesen, das wirklich hier mit öffentlicher Strafe eingreifen muß. — Auf Verleumdung braucht sich aber dieses Hausrecht wohl nicht zu erstrecken, zumal da die Verleumdung auch in der Familie ihre schädliche Wirkung für den Verleumdeten beginnen läßt.

[2]) Der § 193 StGB. wird von der überwiegenden Meinung, womit übrigens durchaus nicht alle Einzelheiten der Rechtsprechung gut geheißen werden wollen, richtig dahin ausgelegt, daß er nicht nur Selbstverständliches enthält, sondern auch beschränkte Ausnahmen schafft von der regelmäßigen Strafbarkeit der Beleidigung. So z. B. Frank, Komm., zu § 193 I; Binding, Lehrb. I S. 152; Kohler, Goltd. Arch. Bd. 47 S. 45. A. M. v. Bar, Gerichtss. Bd. 52 S. 170; v. Liszt, Lehrb. § 95 IV.



dungen darstellen. Also auch wenn öffentlich ein Verdacht ausgesprochen wird, oder öffentlich ein starkes Wort fällt, so ist es straflos, wenn es in Wahrung öffentlich anerkannter Interessen geschieht. Endlich gehören hieher tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige berufliche Leistungen. Im Gegensatz zum wissentlich unwahren Behauptung von äußeren Geschehnissen enthalten sie unter Umständen wesentlich unwahre Behauptung innerer Tatsachen des Beurteilenden, nämlich sein Werturteil. Im Hinblick auf die schwere Beweisbarkeit der subjektiven und objektiven Unwahrheit solcher Urteile und das Bedürfnis nach Meinungsaustausch über die genannten Leistungen, ohne Prozesse befürchten zu müssen, sollen hier Beweise vor dem Richter abgeschnitten bleiben. Sagt jemand in öffentlicher Kritik, ein guter Schauspieler habe schlecht gespielt, setzt jemand eine wissenschaftliche Leistung herab, so soll auch künftig der Staat nicht einschreiten. Das Urteil verwandelt sich aber natürlich in die Behauptung von Geschehnissen, wenn gesagt wird, das Buch sei von einem andern heimlich abgeschrieben u. s. w.

Die genannten Ausnahmen von der Strafbarkeit der Beleidigung sollen nicht Platz greifen (ähnlich wie schon bisher nach § 193 am Ende), wenn die Handlung nach ihrer Form oder den sonstigen besonderen Umständen so verletzend war, daß sie öffentliches Ärgernis erregt hat.

b) Personen in hervorragender Stellung bedürfen, im monarchischen Staatsinteresse, aber nicht nur in diesem, eines erhöhten Strafschutzes gegen Beschimpfung.

Derselbe mag darin bestehen, daß sich der Strafrahmen nach unten etwas, mehr aber nach oben erhöht, ferner darin, daß die Verfolgung von Amtswegen eintritt.

Im übrigen sind diese Beleidigungen hinsichtlich der Frage der Rechtswidrigkeit den übrigen Beleidigungen gleichzustellen. Mit Unrecht ist dies für das geltende Recht auch insoweit bestritten,[1] als die §§ 192, 193 selbstverständliches mit betreffen, z. B. den Wahrheitsbeweis. Eine Ausnahme hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Beleidigung zu machen, wäre bedenklich. Wenn ein prinzlicher Vater seinen Sohn tadelt, muß ihm das gleiche Recht zustehen wie anderen Sterblichen; wenn ein Fürst ein schlechtes Bild öffentlich ausstellt,

---

[1]) Vgl. Reichsger.Entsch. Bd. 2 S. 213. Dagegen jedoch z. B. Binding, Lehrb. I 170; Frank, Komm. § 95 III; v. Liszt, Lehrb. § 168 I.

so braucht der Bericht über die Ausstellung weder das Bild zu verschweigen noch ihm ein Sternchen zu geben. Würde man überhaupt keine Beurteilung oder Darstellung von Begebenheiten zulassen, so verlöre die zeitgenössische Biographie jeden Wert; denn man wüßte nie: was mußte der Verfasser verschweigen? Läßt man überhaupt Kritik zu, so gelten die nämlichen Beweisschwierigkeiten über die Richtigkeit des Urteils, wie bei der sonstigen Kritik. Zudem genießen Personen an der Spitze des Staats noch eine dritte Bevorzugung hinsichtlich ihres Ehrenschutzes, die sich aus den oben angedeuteten Bestimmungen von selbst ergeben würde. Dieselben Äußerungen, welche innerhalb ländlicher Kreise oder innerhalb gleichgestellter Kreise gebraucht, nicht geeignet sind, wegen ihrer Form öffentliches Ärgernis zu erregen, können, wenn sie Beurteilungen des Fürsten in seinen Regierungshandlungen enthalten, allerdings unzulässig sein, d. h. öffentliches Ärgernis erregen. Alsdann sind sie strafbar, d. h. manche Ausdrücke können gegen Gleichgestellte gebraucht werden, aber sie sind unanwendbar auf öffentlich rechtliche Handlungen[1]) des Fürsten.

Es wurde gesagt, daß bei Beleidigungen von Fürsten etc., wie bisher ein Strafantrag nicht erforderlich sein solle. Andrerseits ist es Erfahrungstatsache, daß die Häufigkeit derartiger Prozesse weitere Kreise der Bevölkerung in Unruhe versetzt und vielfach eher geeignet ist, für den Angeklagten Stimmung zu machen, bezw. die Bevölkerung zu verbittern, als zu nützen (namentlich bei nachträglicher Freisprechung). Man braucht deshalb durchaus nicht soweit zu gehen wie in England, wo Majestätsbeleidigungen nicht als solche bedroht sind, oder wie im späteren römischen Rechte, wo der Kaiser Theodosius bei Schmähungen gegen den Fürsten anordnete, daß überhaupt keine Strafe eintreten solle.[2]) Aber es erscheint wünschenswert, daß die Anordnung einer Strafverfolgung wegen Beleidigung des Fürsten abhängig gemacht werde von einer Entschließung der obersten Justizstelle des Landes. Natürlich steht nichts im Wege, daß der Beleidigte ebenfalls diese Entschließung trifft. In den weitaus meisten Fällen erfährt aber der Fürst oder Prinz von der Beleidigung gar nichts und dieser Punkt wird gleichfalls beachtlich

[1]) Zutreffend bezeichnet Binding, Lehrb. I S. 167 solche Fälle als Angriffe auf die „unwandelbare Achtungswürdigkeit, welche dem Staate in der Person des Trägers der Staatsgewalt zukommt".

[2]) Vgl. l. un. Cod., si quis imperatori maledixerit. 9, 7 und über Kaiser Josephs II. verwandte Anschauungen: Meents, Die Majestätsbeleidigung 1894 (Diss.) S. 34.

für die Frage, ob die Verfolgung in allen Fällen öffentliches Bedürfnis ist. Die Beantwortung dieser Frage hätte in jedem Einzelfall nach einheitlichen Gesichtspunkten von zentraler Stelle aus zu erfolgen, sofern nicht der Beleidigte selbst entscheidet.[1])

c) Bei den Vermögensdelikten werden sich manche Änderungen als notwendig herausstellen. Dazu gehört nicht nur die bereits erwähnte Straferhöhung bei Gewerbsmäßigkeit und die Unebenheit, welche manche Tatbestände des § 243 (nämlich § 243 Z. 2—4, 7) verglichen mit dem Strafrahmen des einfachen Diebstahls aufweisen.

Die Unterscheidung zwischen Unterschlagung und Diebstahl wird, wenn auch nicht fallen, doch anders gefaßt werden müssen, z. B. für die Fälle des Mitgewahrsams (bisher zum Diebstahl gerechnet).

Die Enteignung in der Absicht, die Sache wie ein Eigentümer zu derelinquieren (z. B. Werfen eines fremden Schmucks ins Wasser, Freilassung eingefangener fremder Vögel) ist, wenn sie nicht zugleich eine Beschädigung der Sache mit sich bringt, nur sehr künstlich als gleichzeitige Aneignung zu konstruieren, nach geltendem Rechte daher wohl straflos. Diese Lücke muß natürlich ausgefüllt werden.

Zu dem milder bestraften Nahrungs- und Genußmitteldiebstahl (§ 370 Z. 5) werden künftig alle verbrauchbaren Gegenstände des einfachen Haushaltes zu rechnen sein, also auch der kleine Kohlendiebstahl. Bisher bestand eine Scheidewand, je nachdem der Täter eine Flasche Wein oder ein paar Scheit Holz entwendet hatte. Bei den Worten: von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge" empfiehlt sich statt des „oder" ein „und". Denn wer Sekt und Trüffeln stiehlt, bedarf des Privilegiums milderer Strafe nicht.

Die Gerechtigkeit fordert, daß die für das geltende Recht zweifelhafte Streitfrage, ob auch die Unterschlagung der Nahrungs- und Genußmittel unter die mildere Strafe des § 370 Z. 5 falle, im bejahenden Sinne außer Zweifel gesetzt werde. — Bei Vorliegen einer erschwerenden Begehungsart des Diebstahls (§ 243) könnte die Strafe dieser geringfügigen Entwendungen die des einfachen Diebstahls (§ 242) werden.

Die altgermanische Einteilung des Diebstahls je nach dem Werte des Gestohlenen in einen großen und geringeren dürfte ohne

---

[1]) Vgl. das Referat von Kahl zum 26. deutschen Juristentag, zu These III Einleitung.

Schaden wieder aufleben. Wertgrenze (die vom Vorsatz des Täters umschlossen sein müßte) etwa 20 Mark.

Beim Raube ist die einfache Strafe (bis zu 15 Jahren hinaufreichend) bereits so ausgiebig, daß sie auch für einzelne Fälle des qnalifizierten Raubes ausreicht. Gleichwohl ist nach der Ausgestaltung des schweren Raubes (§ 250, 251) der Normalfall nicht der einfache Raub (§ 249), sondern der schwere Raub. Es erscheint aber überhaupt als eine unrichtige Regelung, wenn man die Fälle des schweren Raubes so vielgestaltig aufnimmt, daß das Vorkommen des einfachen Raubes nahezu als Ausnahme erscheinen muß. Was den Diebstahl erschwert, braucht nicht notwendig auch den Raub zu qualifizieren, da dieser bei der Bestrafung ja das Moment der Gewaltanwendung und Drohung schon begrifflich als straferhöhend berücksichtigt. Dies hat das geltende Recht nicht beachtet, indem es z. B. den Fall noch verschärft, daß ein Teilnehmer am Raube eine Waffe bei sich führte. Zu verschärfen wäre nur der Fall, daß von der Waffe Gebrauch gemacht wurde. Ähnlich verhält es sich mit dem Falle, daß der Raub auf öffentlicher Straße ober bei Nacht von einer Person begangen wird, die sich in diebischer Absicht in ein bewohntes Gebäude eingeschlichen hatte. Die Fälle, welche für den einfachen Raub übrig bleiben z. B. Überfall bei Tage im Hause unter Knebelung und Fesselung sind durchschnittlich ebenso schwer als mancher verschärfte Raubfall, z. B. ein Arbeiter entreißt dem Anderen gewaltsam wegen vermeintlicher Forderung dessen Börse auf der Straße und läuft damit davon. Die Geschworenen scheuen sich hier vielfach, den Rechtswillen (wonach dies schwerer Raub wäre) anzuerkennen.

d) Die geschlechtliche Sittlichkeit, deren Aufrechterhaltung durch den Staat durch staatliche Strafdrohung gar nicht in Frage gestellt werden sollte, braucht indessen nicht bis zu einem an Prüderie grenzenden Maßstabe durch Strafdrohungen veräußerlicht zu werden. Während einerseits die unbedingte Straflosigkeit der Incestuosen absteigender Linie bis zum 18. Lebensjahr (§ 173 IV StGB.) recht gut fallen könnte, sind die §§ 184, 184 a insbesondere um deswillen sehr reformbedürftig, weil sie zu viel in das ungleiche Ermessen des Richters stellen, zu weit gehen in der Bedrohung von Vorbereitungshandlungen und für das interessierte Abnehmerpublikum den Weg nicht etwa abschneiden, sondern es geradezu auf gefährlichere Schleichwege drängen. Man lasse sich genügen mit Bedrohung der Tatbestände in § 184 I Z. 1 (unter Weglassung des neuen Schlußpassus), Z. 2 u. 4.

Bei der Kuppelei kann der verschärfte Fall des § 181 Z. 1, wenn weder Eigennutz noch Gewohnheitsmäßigkeit vorliegt, sehr wohl so gelagert sein, daß ein Jahr Zuchthaus als Minimum noch eine zu harte Strafe für die Verfehlung darstellt.

Die Abschaffung des § 175 wird von manchen sehr befürwortet. Eine Änderung ist in der Tat notwendig, aber nicht die Abschaffung. Ohne entscheiden zu müssen, welche der verschiedenen Grundanschauungen über die Perversität[1]) richtig ist, wird man folgendes festhalten können. Die Perversität hat schädliche Folgen für das Familienleben. Sie widerspricht auch aufs schärfste dem sittlichen Gefühle der überwältigenden Mehrheit in der menschlichen Gesellschaft. Die Grundlagen dieser geschlechtlichen Sittlichkeit zu schützen ist ein Bedürfnis des Staates.[2]) Dazu kommt, daß die perversen Triebe in unzählig verschiedenen Stärkegraden vorkommen. Es ist mit dem Auftreten eines solchen Triebes also noch keineswegs Zurechnungs*un*fähigkeit gegeben. Mag das Auftreten des Triebes im Einzelfall durch das Vorleben verschuldet sein oder nicht, es ist ebensowenig wie bei manchen sonstigen Trieben mit seinem Einwirken ohne weiteres die Unmöglichkeit gegeben, diesem Trieb auf Grund eines Sittlichkeitsgebots oder eines durch Strafdrohung verstärkten Rechtsgebots zu widerstehen. Alsdann ist aber die Bestrafung durchaus keine Ungerechtigkeit. Nur wenn die Triebe die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, muß auch die Strafe fortfallen. — Die Änderung des § 175 hat die Aufnahme des perversen Verkehrs zwischen Frauen (bisher straflos) zum Gegenstande. Außerdem ist die Art des zu bedrohenden Verkehrs künftighin zweifelsfreier zu bestimmen.

e) Der Staat verkennt sein vitales Interesse, wenn er es unterläßt, für den *Schutz des religiösen Empfindungslebens* derer zu sorgen, welche sich zu einer der in seinem Gebiete verbreiteten Religionen bekennen. Wie die Dinge in Deutschland liegen, wo, von den Schutzgebieten abgesehen, die heidnischen Religionen ausscheiden, erscheint es gerechtfertigt, auch die Gotteslästerung als staatlich strafbare Handlung beizubehalten. Aber sie bedarf einer Präzisierung der Streitfrage, was unter den Gottesbegriff fällt, ob nur dasjenige Wesen, welches man Gott schlechthin nennt oder alle göttlichen Wesen. Bei der „Beschimpfung" ist klarzustellen, daß der Maßstab dessen, was beschimpfende Ausdrücke sind, nicht nach dem Gottesbegriff zu nehmen ist, — sonst wäre Heine zum größten Teil

[1]) Vgl. darüber Wachenfeld, Homosexualität und Strafgesetz, 1901 S. 74 f.

[2]) Gl. M. im wesentlichen Wachenfeld S. 131—142 mit sorgfältiger Begründung.

zu konfiszieren — sondern nach dem, was gegenüber Menschen gebraucht Beschimpfung ist.

Ebenso ist aufrecht zu erhalten der Schutz der Religionsgesellschaften als solcher gegen Beschimpfung, der Schutz gegen beschimpfenden Unfug an zum Gottesdienst bestimmten oder hergerichteten Orten. Wie die von § 166 abweichende Formulierung andeutet, kann der bestehende Strafschutz über die mit Korporationsrechten bestehenden Religionsgesellschaften hinaus ausgedehnt werden auf die im Staate zur öffentlichen Ausübung des Gottesdienstes zugelassenen Religionsgesellschaften. Auch die Strafbestimmungen des § 167 sind berechtigt und bedürfen nur technischer Verbesserung.[1])

Auf der anderen Seite ist nicht außer acht zu lassen, daß in Deutschland mehrere Religionen, jede mit dem Anspruch der Wahrheit, bestehen, daß jede derselben auch das Recht haben muß, die Richtigkeit ihrer Lehre zu verfechten. Selbst wenn es nur eine Religion im Staat gäbe, so wären doch anderwärts die anderen Religionen nicht verschwunden und es bedeutete die Züchtung einer künstlichen Stagnation des Geistes, wenn nicht stets eine Kritik erlaubt bliebe. Sie verjüngt notwendig jedes lebensfähige Institut. Spricht schon dies gegen die absolute Bedrohung der Beschimpfung von „Einrichtungen oder Gebräuchen" einer Religionsgesellschaft, so gesellen sich hierzu noch weitere Bedenken gegen eine solche Strafdrohung. Sie bewirkt zunächst, daß ein Wort, welches vielleicht Gott gegenüber gebraucht noch nicht als beschimpfende Gotteslästerung angesehen wird, gegenüber irgend einem veralteten Brauche dagegen als Beschimpfung anzusehen wäre. Ist es nicht aber unter Umständen ein Verdienst, einen Gebrauch grell beleuchtet zu haben, der bei seinem Fortbestehen das Ansehen einer Religionsgesellschaft geschädigt hätte. Kann eine solche Agitation nicht auch von gläubiger, heilsbedürftiger Seite ausgehen? Nach welchem Maßstabe soll man es beurteilen, ob eine Äußerung einen Gebrauch oder eine Einrichtung beschimpft oder bloß ungünstig beurteilt ist. Der Gebrauch ist doch kein lebendes Wesen, nicht einmal eine juristische Person. Das Beschimpfen sinkt bei derartigen Abstrakten herab zum Lächerlichmachen oder Verwerflichmachen. Last not least ist es nicht eine Auslieferung der Staatsgewalt unter den Willen der Religionsgesellschaften, wenn jede Beschimpfung

[1]) Es muß z. B. vorsätzliche rechtswidrige Verhinderung oder Störung des Gottesdienstes an einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte bedroht werden bei der zweiten Alternative des § 167.

ihrer Gebräuche und Einrichtungen bedroht ist? Denn ihre Gebräuche und Einrichtungen bestimmt jede Religionsgesellschaft einseitig. Wenn nun irgend ein deutscher Staat irgend eine amerikanische Sekte mit den wunderlichsten Gebräuchen (mit Korporationsrechten) zuläßt, wozu er das Recht hat, ist es da nicht unerhört, wenn diese dann das Recht hat zu diktieren, welche Gebräuche und Einrichtungen durch Strafe vor der freieren Kritik zu schützen sind? Wenn der Staat in dieser Weise in gleicher Weise alle aufgenommenen Religionsgesellschaften auch in allen ihren Gebräuchen und Einrichtungen schützt, obwohl die Zahl und der Einfluß ihrer Gebräuche und Einrichtungen auf das praktische Leben höchst verschieden sein kann, so verletzt unter dem Scheine der gleichen Behandlung doch den Grundsatz der Parität.[1]) Denn je anspruchsvoller eine Religionsgesellschaft auftritt, desto weiter reicht eo ipso der ihr geliehene Strafschutz. So vereinigen sich denn alle Gründe in der Richtung auf eine Beseitigung dieser zu weitgehenden Bestimmung. Es erscheint als richtiger, wenn der Staat sich mit der Verleihung des Strafschutzes gegen Verletzung des religiösen Gefühls auf die oben angegebenen Maßregeln beschränkt. Religiöses Leben erhält er dadurch wirksamer aufrecht, als wenn er durch künstliche Unantastbarkeit die Beibehaltung von Veraltetem zu begünstigen sucht.

f) Unbedingt bedarf der Staat der Strafdrohungen gegen unwahre Aussagen vor Behörden, denen die Macht beizulegen ist, im Interesse der Erforschung der Wahrheit die aussagenden Personen auf Angabe der Wahrheit zu verpflichten. Es ist zweckmäßig, wenn der Staat sich dabei möglichste Garantien der Wahrheit bereits in der Form der Verpflichtung sichert. Aber es bestehen begründete Bedenken, ob man dazu in allen Fällen gerade des für Gläubige schärfsten Mittels der Anrufung Gottes als Zeugen der Wahrheit bedarf, oder nicht auch andere genügen, ob ferner in allen Bagatellsachen auf Unwahrheit so schwere Strafe stehen muß wie bei Meineid und vorsätzlich falscher Versicherung an Eidesstatt.[2]) Jeder mit Eidesabnahmen länger befaßte Richter gewinnt die Überzeugung, daß unzählige Meineide nicht an den Tag kommen. Andrerseits bedarf er häufig einer Verpflichtung zur Wahrheitsangabe, wo er nicht vereidigen darf. In mehrfacher Hinsicht entstehen hierdurch bedenkliche Ungleichheiten. Beachtenswert ist der Vorschlag,

[1]) Vgl. darüber u. a. Kahl, Über Parität, 1895 S. 30.

[2]) Vgl. über diese Bedenken u. a. Frank, Juristenztg. Bd. 4 S. 142 f.

die Zahl der Eidesfälle (und damit auch der schweren Meineidsfälle, deren Bestrafung eine besondere Last ist) herabzumindern durch Schaffung eines geringeren Delikts der Lüge vor Behörden, welche das Recht haben, zur Angabe der Wahrheit zu verpflichten. Durch veränderte Behandlung der Idealkonkurrenz würde dann auch das Bedenken[1]) fallen, daß diese uneidliche unwahre Aussage in zahlreichen Fällen durch die gleichzeitige Begehung eines schwerer bedrohten anderen Deliktes bei der Strafzumessung durch die für das schwerere Delikt ausgeworfene Strafe absorbiert würde.

Aufgegeben kann künftighin werden die Strafdrohung für fahrlässigen Falscheid. Er ist nach dem geltenden Rechte zwar nicht undenkbar, aber nach der Art der Schwurformeln nur beschränkt möglich. Jedenfalls ist er bei der gegenwärtigen Fassung der Schwurformeln gegenüber dem Meineide entbehrlich. Das Hauptbedenken gegen ihn ist die Schwierigkeit eines Nachweises einer Schuld. Wenn man annehmen muß, daß jemandem ein Gedankengang oder eine Tatsache nicht eingefallen ist, so ist es bedenklich, ohne weiteres aus äußeren Umständen zu schließen, daß ihm nach seiner individueller Eigenart[2]) das Wissen hätte kommen müssen. Es handelt sich hier ja im Gegensatz zu fahrlässigem Handeln oder Unterlassen bei Herbeiführung eines Außenweltserfolgs lediglich um eine Fahrlässigkeit im Denken. Diese ist um einen Grad weniger faßbar als die Fahrlässigkeit in der Herbeiführung von Außenweltserfolgen. —

Das Vorgetragene mag genügen, um die Reformbedürftigkeit unseres Strafgesetzbuches an vielen der herausgegriffenen Punkte zu erweisen und zugleich die Richtung anzugeben, in welcher die Reform sich bewegen möge. Bei der überwiegend psychologischen Natur der Reformfragen kann es nicht ausbleiben, daß der künftige Entwurf in weitesten Kreisen diskutiert werden wird. Eben wegen dieser Natur wird sich eine völlige Einigkeit nie herstellen lassen. Fast jeder wird an irgend einem Punkte unbefriedigt bleiben. Aber der wirkliche Freund des Fortschritts wird sich in der Erkenntnis der Unmöglichkeit, alle zu befriedigen, bescheiden. Es ist auch sicher zu hoffen, daß bei der großen Tragweite strafrechtlicher Probleme für das praktische Leben alle Bestimmungen aufs sorgfältigste erwogen werden, ehe man das Volk an sie bindet. Wenn das neue Gesetzbuch im ganzen und von großen Gesichtspunkten aus betrachtet

[1]) Vgl. Frank, Juristenztg. Bd. 4 S. 145.

[2]) Vgl. Birkmeyer, Rechtsencyklopädie S. 1057.

unverkennbar das Zeichen verbessernden Fortschritts an sich trägt, wollen wir es willkommen heißen. Möge es anknüpfen an die geschichtlich überkommenen Rechtsanschauungen des Volkes und gereinigt von veralteten Bestimmungen in sich aufnehmen und verarbeiten die Fortschritte und praktischen Erfahrungen Deutschlands und anderer Länder. Dann wird es uns wirksamere Bahnen weisen in der Bekämpfung des Unrechts und sich freihalten von gewagten Experimenten mit den höchsten Rechtsgütern des Menschen, für die unser deutsches Volk uns zu gut ist.

